حقيبة الدكتور علي القره داغي الاقتصادية

٤

مقدمات في المال والملكية والعقد

دراسة فقهية قانونية اقتصادية

الكتاب الثالث

تأليف

أ. د. علي محيي الدين القره داغي

إصدارات
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
إدارة الشؤون الإسلامية - دولة قطر



حقيبة الدكتور علي القره داغي الاقتصادية




رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



حقيبة الدكتور علي القره داغي الاقتصادية

(٤)

إصدارات
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
إدارة الشؤون الإسلامية - دولة قطر

الطبعة الأولى
١٤٣١هـ - ٢٠١٠م

شركة دار البشائر الإسلامية
للطباعة والنشر والتوزيع ش.م.م
أسسها الشيخ رمزي دمشقية رحمه الله تعالى سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م
بيروت - لبنان ص.ب: ١٤/٥٩٥٥ هاتف: ٧٠٢٨٥٧
فاكس: ٠٠٩٦١١/٧٠٤٩٦٣ e-mail: bashaer@cyberia.net.lb

حقيبة الدكتور علي القره داغي الاقتصادية
٤

مقدمات في المال والملكية والعقد

دراسة فقهية قانونية اقتصادية

الكتاب الثالث

تأليف
أ.د. علي محيي الدين القره داغي



من مشكاة القرآن الكريم

قال الله تعالى: ﴿ٱلْمَالُ وَٱلْبَنُونَ زِينَةُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۖ وَٱلْبَٰقِيَٰتُ ٱلصَّٰلِحَٰتُ خَيْرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا﴾.

[سورة الكهف: الآية ٤٦]

وقال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾.

[سورة النساء: الآية ٥]

وقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾.

[سورة النساء: الآية ٢٩]

من مشكاة النبوة الطاهرة

«نِعْم المال الصَّالح للرَّجُلِ الصَّالح».

[رواه أحمد وغيره بسند صحيح
والبخاري في الأدب المفرد]

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على المبعوث رحمةً للعالمين محمَّد الهادي الأمين، وعلى إخوانه من الأنبياء والمرسلين، وعلى آله المطهرين وصحبه الطيِّبين، ومَن تبع هداهم إلى يوم الدِّين.

وبعد:

فإنَّ الحديث عن المال والاقتصاد والملكية والعقد يعني الحديث عن النظام الاقتصادي والمالي في الإسلام، وعن رؤية فقهنا العظيم وفلسفته في هذا المجال، وعن فقه المعاملات المالية بكل نظمه ومبادئه، وشروطه وضوابطه، وعن العلاقة بين المال وخالقه، وبينه وبين صاحبه ومالكه الظاهري.

لذلك فهو موضوع في غاية الأهمية؛ لأنه يتعلق بإحدى الضروريات في الإسلام التي تتجاوز آثارها من حيث الحل والحرمة إلى مجالات العبادات والدعاء من حيث القبول والردّ، وإلى الآخرة من حيث الثواب والأجر العظيم للعمل الحلال والإنفاق من الحلال، ومن حيث العذاب الشديد لهؤلاء الذين يأكلون أموال الناس بالباطل، أو يأكلون أموال اليتامى والمظلومين فكأنما يأكلون في بطونهم ناراً.

ولكن هذا الموضوع المهم الواسع الذي يحتاج بحثه إلى مجلدات، نحاول أن نوجزه في كتاب يركز على مقدمات ممهدات، ومداخل للمبادىء والنظريات، وعلى المقاصد والقواعد المهمات، لذلك سمَّيناه **(مقدمات في الملكية والعقد)**، لأن الهدف منه هو إعطاء صورة واضحة موجزة عن معظم ما يدور في عالم المال والاقتصاد والعقود، وبيان المبادىء العامة والقواعد

الكلية والضوابط الأساسية للمال، والملكية، والنظريات المهمة في العقود والشروط والتصرفات والاختيارات، للوصول بقرَّائه إلى فقه مؤصل في النظام المالي، وثقافة فقهية واعية في قضايا العقود والتصرفات، ومفتاح لكيفية البحث عن حل القضايا المالية المعاصرة، والمواصلة للوصول إلى اكتساب مهارات وقدرات على الترجيح بين الآراء والاستنتاج والاستدلال والاستنباط والاجتهاد بإذن الله تعالى.

وقد حاولت فعلًا أن يكون هذا الكتاب محققاً لعنوانه، ومجسداً للأهداف التي وضع لتحقيقها، وللرؤية التي ظهرت لنا من خلال تدريس مادته لطلبة كلية الشريعة والقانون لأكثر من عشرين سنة، حيث استفدت من خلالها من ملاحظات الطلبة، ومن ملاحظاتي على الكتاب المقرر الذي استفدنا منه.

لكن قِدم تأليفه نسبيًّا، وظهور قضايا جديدة في نطاق المال والملكية والعقود، وإلحاح الكثيرين عليّ... كل ذلك دفعني إلى هذا التأليف الذي أتضرع إلى الله تعالى أن يجعله خالصاً لوجهه، وأن يحقق الغرض المنشود من تأليفه.

وقد جاء الكتاب في ثلاثة أقسام:

يتحدث القسم الأول عن المال، تعريفه، وأقسامه، وأنواعه الجديدة، والمال في كتب التراث، وموقف الإسلام من المال، والغنى والفقر، وأسباب كسبه، وإنتاجه، وأحكام إنفاقه، واستثماره، وتوزيعه واستهلاكه، مع بيان الضوابط والشروط المطلوبة، ومعالم النظام المالي في الإسلام.

وكان من **نصيب القسم الثاني الحديث عن الملكية** التي تعتبر الأساس في تمييز الأنظمة الاقتصادية الإسلامية عن الرأسمالية والاشتراكية (**وتختلف بسبب النظرة إليها**)، فقد تطرقنا إلى أنواع الملكية، وأسبابها، وما يدور حولها قديماً وحديثاً بإيجاز شديد.

وختمنا الكتاب **ببحث نظرية العقد**، وأركانه، وشروطه وعيوب الإرادة والتعاقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، والخيارات ونحوها.

وقد حاولت أن أسير في كتابي هذا وفي غيره على المنهج الذي يكون اعتماده الأول على الينبوع الأول الذي لا ينضب، وهو القرآن الكريم، والسنَّة النبوية الثابتة، ثم الرجوع إلى تراثنا الفقهي والأصولي والمالي والاقتصادي العظيم لعلمائنا الكرام، والاستفادة منه، وانتقاء درره المضيئة المفيدة المناسبة لعصرنا الحاضر، مع التطرق إلى أهم المسائل الاقتصادية المقارنة بها.

ولكن هذا كله لم يمنعني ـ في التركيز الأساسي لحلّ مشاكلنا الاقتصادية، وقضايانا الفقهية ـ من الاعتماد على المبادىء العامة والقواعد الكلية، ومقاصد الشريعة، والرجوع إلى الأدلة الجزئية وربطها مع تلك المبادىء والمقاصد والنصوص العامة في تناسق تام وتناغم دون تعارض، أو تضحية بأحدهما في سبيل الآخر، كما أنني لم أغفل في معظم مسائل الكتاب المقارنة بالقوانين الوضعية وبالأخص القانون القطري الجديد.

فأرجو من الله تعالى أن يجعل هذا الكتاب مقدمة إلى عالم المال والاقتصاد، ومدخلاً مباركاً إلى الملكية ونظرية العقد، وأن يكتب لي التوفيق ويلبس عملي هذا ثوب الإخلاص، ويعصمني من الخطأ والزلل في العقيدة والقول والعمل، إنه مولاي فنعم المولى ونعم النصير.

كتبه الفقير إلى ربه

أ.د. علي محيي الدّين القره داغي



القسم الأول

مقدمة في المال

* المال في كتب التراث.
* التعريف بالمال لغة واصطلاحاً وبيان أحكامه.
* تقسيمات المال.
* موقف الإسلام من المال، والغنى والفقر.
* النظام المالي الإسلامي.

تمهيد

١ ـ موضوعات الكتاب (المال، والاقتصاد، والملكية، والعقد) بينها ارتباط وثيق من حيث إن جميعها يدور حول شيء واحد، وهو البحث عن المال من حيث الكسب والحل والحرمة، ومن حيث التنظيم، وحل المشاكل، ومن حيث التملك، والتصرف فيه من خلال العقود الناقلة، أو نحوها.

فالمال هو مدار النشاط الاقتصادي من حيث الإنتاج، والتبادل، والاستهلاك، والتوزيع وإعادة التوزيع.

كما أن هذه الأنشطة لا تكون مشروعة في نظر الشرع إلّا إذا كانت ناتجة عن الملكية، سواء كانت تامة أم ناقصة، وسواء كانت ملكية المنافع والحقوق أم ملكية الأعيان.

ومن جانب آخر فإن انتقال المال من شخص إلى آخر، أو الانتفاع به لفترة زمنية محددة لا يتم إلّا من خلال عقود قائمة على الرضا.

٢ ـ الفقه الإسلامي يبحث هذه الأمور كلها في إطار فقه المعاملات وكتب المال التي نذكر أهمها بعد قليل.

وأما القوانين الوضعية فقد نظمت المسائل السابقة في إطار مجموعة من القوانين وهي:

(أ) القانون المدني:

الذي ينظم الأحكام المتعلقة بنشاط الناس الاكتسابي، وتعاملهم بعضهم مع بعض في الأموال والحقوق، وتصرفهم بالتعاقد وغيره، وفصل منازعاتهم بالقضاء، وكذلك الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، وهذا توجه القانون الفرنسي، ومعظم القوانين المنبثقة منه.

ولكن بعض القوانين ـ مثل القانون المصري والقطري ـ تجعل القانون المدني خاصاً بالقواعد القانونية التي تنظم علاقات الملكية، وبالتالي تنظم علاقات الأحوال الشخصية بقانون مستقل يسمى قانون الأسرة، أو قانون الأحوال الشخصية[1]، حتى إن هناك رأياً قانونيًّا في مصر يحبذ تسميته: علم قواعد المعاملات[2].

(ب) القانون التجاري:

كان القانون التجاري في البداية فرعاً من القانون المدني، ثم انفصل عنه، وأصبح قانوناً مستقلًّا.

فالقانون التجاري هو: مجموعة القواعد القانونية التي تخضع لها جميع المعاملات التجارية، ويخضع لها التجار[3].

فالطبيعة المميزة للتعامل التجاري عن المعاملات المدنية تنحصر في عنصرين:

أوَّلهما: السرعة وبساطة الإجراءات، في حين أن المعاملات المدنية تتسم بالبطء والتريث، وتستغرق وقتاً أطول بسبب إجراءات معينة مثل اشتراط الكتابة لإثبات معظم التصرفات القانونية.

ثانيهما: عنصر الائتمان، حيث يشكل عامل الثقة ركناً أساسيًّا في العمليات التجارية.

---

(١) يراجع: أستاذنا الشيخ مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام ط. دمشق ٢٠٠٤م، (٦٦/١)، و د. حسام الدين الأهراني: مقدمة القانون المدني ط. دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧٢م، ص٣.

(٢) برهام عطا الله: مقدمة علم قواعد المعاملات، الإسكندرية عام ١٩٦٧م، ص٥.

(٣) د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري ط. دار الثقافة/ عمان ١٩٩٧م، ص١٥ (١/ ٧ ـ ٩)، و د. فوزي عطوي: القانون التجاري ط. دار العلوم العربية بيروت ص١٥.

والقانون التجاري ينظم الآن التصرُّفات التجارية والأعمال التي تكسب الصفة التجارية، والمهن التجارية، وما يتعلق بالتجار، ودفاتر التجارة، والسجل التجاري، والمؤسسات التجارية، وعناصرها من: الاسم التجاري، والشعار، وبراءة الاختراع، وحقوق الملكية الصناعية والتجارية والأدبية والفنية ونحوها، وكذلك ما يتعلق ببيع المؤسسة التجارية، ورهنها، وأحكام الشركات التجارية بجميع أنواعها، وما تصدرها، وما يترتب عليها من الأحكام[1].

(ج) الماليّة العامّة:

المالية العامة هي مجموعة من الأسس والقواعد التي تنظم مالية الدولة، وتقوم عليها مجالات الإنفاق العام للدولة، وتجميع الموارد والتوزيع، وإدارة النقد، والدَّين العام للدولة[2]، فالإيرادات مثل الضرائب، والرسوم التي تتقاضاها الدولة في مقابل الخدمات، وما تستقرضه لسد عجز الميزانية، ونحوها.



---

(١) المراجع السابقة نفسها.

(٢) يراجع: د. حمدي عبد العظيم: السياسات المالية والنقدية في الميزان ط. النهضة المصرية ١٩٨٦م، ص٣٧٦، و د. عبد المنعم الصده: أصول القانون، ط. دار النهضة العربية بيروت ص٥٦.

المال في كتب التراث

لقد أولى علماؤنا السابقون عناية قصوى بهذا الموضوع، وألفوا فيه كتباً مستقلة بين مختصر ومتوسط ومفصَّل، إضافة إلى أن جميع كتب الفقه تتضمن أبواباً عن المال وأسباب كسبه.

ونحن هنا نذكر أهم الكتب التي ألفت في هذا المجال، ليفهم من خلاله أن الأوائل قد دخلوا في تفاصيل المال، بل والنظام المالي، حتى نستطيع بكل سهولة استخراج علم متكامل في مجال المال، ونذكر هذه الكتب التي وصلتنا حسب تسلسلها الزمني من خلال زمن وفاة مؤلفيها ـ رحمهم الله ـ وهي:

١ ـ **كتاب الخراج لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم**، المولود بالكوفة في ١١٣هـ والمتوفى ١٨٣هـ. صاحب الإمام أبي حنيفة، وقاضي القضاة في عصر الخليفة هارون الرشيد الذي طلب منه ذلك.

حيث جاء في مقدمته: (إنَّ أمير المؤمنين ـ أيَّده الله تعالى ـ سألني أن أضع له كتاباً جامعاً يعمل به في جباية الخراج، والعشور ـ الرسوم التي تؤخذ على حركة التجارة ـ والصدقات والجوالي ـ أي: الجزية ـ وغير ذلك، مما يجب عليه النظر فيه، والعمل به، وإنما أراد بذلك رفع الظلم عن رعيته، والصلاح لأمرهم)[١].

وقد كان أبو يوسف في هذا الكتاب ناصحاً أميناً للخليفة بالحكمة

---

(١) كتاب الخراج لأبي يوسف، تحقيق د. محمد إبراهيم البنا ط. دار الإصلاح ص٣١.

والموعظة الحسنة، غير خائف في الله لومة لائم، فبدأ بنصيحة قوية حكيمة بليغة قال فيها:

(يا أمير المؤمنين... إن الله قلَّدك أمراً عظيماً...، وائتمنك عليهم وابتلاك بهم وولاك أمرهم، وليس يثبت البنيان ـ إذا أُسِّس على غير التقوى ـ أن يأتيه الله من القواعد فيهدّه على من بناه وأعان عليه، فلا تضيعنّ ما قلدّك الله من أمر هذه الرعية فإن القوة في العمل بإذن الله، لا تؤخر عمل اليوم إلى غد، فإنك إذا فعلت ذلك أضعت، وإن الأجل دون الأمل، فبادر الأجل بالعمل، فإنه لا عمل بعد الأجل... فإن أسعد الرعاة عند الله تعالى يوم القيامة راعٍ سعدت به رعيته، ولا تَزغ فتزيغ رعيتك، وإياك والأمر بالهوى والأخذ بالغضب...).

ثم قال: (وقد كتبت لك ما أمرتَ به، وبيَّنتُه، فتفَهَّمه وتدبّره، وردد قراءته حتى تحفظه، فإني قد اجتهدت لك في ذلك ولم آلك والمسلمين نصحاً؛ ابتغاء ثواب الله وخوفاً من عقابه، وإني لأرجو ـ إن عملت بما فيه من البيان ـ أن يوفر الله لك خراجك من غير ظلم مسلم ولا معاهد، ويصلح لك رعيتك، فإن صلاحهم بإقامة الحدود عليهم ودفع الظلم عنهم، والتظالم فيما اشتبه من الحقوق عليهم)[1].

هكذا وبهذه الصراحة البعيدة عن التكلف والألقاب ينصح أبو يوسف الخليفة هارون الرشيد ـ رحمهما الله ـ.

وقد تضمَّن الكتاب: قسمة الغنائم، وأحكام المعادن، والفيء، والخراج، وما عومل به في سواد العراق، والشام والجزيرة، وكيف كان فرض الخليفتين أبي بكر وعمر لأصحاب النبي ﷺ، وأحكام القطائع، وموات الأرض في الصلح والعنوة، وحد أرض العشر من الخراج، وما يخرج من البحر، والعسل والجوز واللوز، وقصة نجران وأهلها، والصدقات

---

(١) المصدر السابق ص٣١ ـ ٣٦.

وأحكام إجارة الأرض البيضاء، والجزائر ـ جمع جزيرة ـ، والقنى، والآبار، والكلأ والمروج، وشأن نصارى بني تغلب، وسائر أهل الذمة، والمجوس، والكنائس والبيع والصلبان، وحكم المرتد، وقتال أهل الشرك وأهل البغي، وكيف يُدعون.

فهذه الموضوعات يمكن تلخيصها في أربعة موضوعات أساسية، وهي: بيان موارد الدولة، نفقاتها، وأخلاقيات النظام المالي الإسلامي، وواجبات الدولة.

فالكتاب في حقيقته لا ينحصر في بيان أحكام الخراج فحسب، وإنما يتضمن خطة للإصلاح المالي والاقتصادي، وتحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية شاملة.

وهو دراسة ميدانية أيضاً كشفت المظالم التي كانت موجودة في عصر الرشيد، وما قبله، حيث قال: (نظرت في خراج السواد، وفي الوجوه التي يجبى عليها)؛ فوجد فيها مظالم كبيرة، وقد عَرَض عليه أن يعفي الأرضين التي لم تعد تزرع فلا ينبغي أن يوضع عليها الخراج[١].

وذكر أيضاً أن المطلوب من الخليفة أن يختار: (قوماً من أهل الصلاح والدين والأمانة، فتوليهم الخراج، ومن وليت منهم فليكن فقيهاً عالماً مشاوراً لأهل الرأي، عفيفاً... ولا يخاف في الله لومة لائم...).

ثم ذكر مظالم الولاة والجباة حيث قال: (فإنه قد بلغني أنه يكون في حاشية الوالي والعامل جماعة، منهم من لديه به حرمة، ومنهم من له إليه وسيلة، ليسوا بأبرار ولا صالحين... يأخذون ذلك فيما بلغني بالعسف والظلم والتعدي... فأْمُرْ بحسم هذا وما أشبهه، وترك التعرض لمثله...)[٢].

---

(١) المصدر السابق ص١٠٩ ـ ١١٠.

(٢) المصدر السابق ص٢٢٨ ـ ٢٢٩.

ثم قال: (ولا يُضرَبنّ رجل في دراهم خراج، ولا يقام على رجله، فإنه قد بلغني أنهم يقيمون أهل الخراج في الشمس ويضربونهم الضرب الشديد، ويعلقون عليهم الجرار، ويقيدونهم بما يمنعهم من الصلاة، وهذا عظيم عند الله، شنيع في الإسلام...)(١).

كما وجه الخليفة نحو تعمير الأرض بأساليب مشجعة.

٢ ـ كتاب الخراج، ليحيى بن آدم بن سليمان القرشي، المتوفى ٢٠٣هـ.

حيث نشره المستشرق ت. وجونبيول في سنة ١٨٩٦م بمدينة ليون(٢).

وهو كتاب يتضمن الأحاديث والآثار الواردة في الغنيمة والفيء، وأرض الخراج والعشور، والقطائع، وأحكام إحياء الأرض الميتة، والعيون... ونحوها.

وهو في أربعة أجزاء تتضمن ٦٤٠ نصّاً كلها مسندة(٣).

٣ ـ كتاب الأموال، لأبي عبيد القاسم بن سلام، المتوفى ٢٢٤هـ.

حققه الشيخ محمد خليل هرّاس، وطبعته دولة قطر، واعتنى بطبعه ونشره الشيخ عبد الله الأنصاري.

والكتاب يتضمن أربعة أجزاء في مجلد واحد.

يبدأ الجزء الأول بحق الإمام على الرعية، وحق الرعية على الإمام، وصنوف الأموال التي يليها الأئمة للرعية في الكتاب والسنَّة، ثم يذكر كتاب

---

(١) المصدر السابق ص٢٣١.

(٢) د. محمد شوقي الفنجري: المذهب الاقتصادي في الإسلام ص٦١.

(٣) د. عبد الوهاب أبو سليمان: البحث العلمي ص٤١٦ ـ ٤١٧، و د. مصطفى مفلح القضاة: مقدمته لتحقيق كتاب إصلاح المال لابن أبي الدنيا، ط. دار الوفاء ١٤١٠هـ ص٧٢.

الفيء ووجوهه، وسبله، وكتاب سنن الفيء والخمس والصدقة، وكتاب فتوح الأرضين صلحاً، وسننها وأحكامها.

ويبدأ الجزء الثاني بباب الحكم في رقاب أهل العنوة والأسارىٰ والسبي، وكتاب افتتاح الأرضين صلحاً، وأحكامها، وكتاب مخارج الفيء، ومصارفه.

والجزء الثالث، يتضمن عدة أبواب في أجزاء الطعام على الناس من الفيء، وباب التسوية بين الناس في الفيء وحماها ومياهها، وكتاب الخمس وأحكامه وسننه، وكتاب الصدقة وأحكامها وسننها.

وأما الجزء الرابع، فيتضمن مجموعة من الأبواب، تتعلق بأحكام الصدقة والزكاة: أنواعها، ومقاديرها، ومصارفها بالتفصيل.

ويعتبر هذا الكتاب من أهم الكتب في التنظيم الاقتصادي الإسلامي في القرنين: الأول والثاني، وقد أثنى عليه العلماء قديماً وحديثاً، فقد قال الحافظ ابن حجر: (كتابه في الأموال من أحسن ما صُنِّف في الفقه وأجوده)[1].

٤ ـ كتاب الكسب، أو الاكتساب في الرزق المستطاب، تأليف الإمام محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، المتوفى ٢٤٣هـ.

وهو كتاب مع صغر حجمه في غاية من الأهمية، حيث عالج موضوعات مهمة في الكسب والإنتاجية، ومشروعية العمل، وإظهار المفهوم الإسلامي للغنى والفقر، والحاجات الاقتصادية[2].

٥ ـ كتاب الأموال، للإمام حميد بن زنجويه، المتوفى ٢٥١هـ.

طبع بتحقيق د. شاكر ذيب فياض، وطبعه مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية سنة ١٤٠٦هـ في ثلاثة مجلدات.

---

(١) تهذيب التهذيب (٨/ ٢١٦).

(٢) يراجع د. العوضي: قراءة اقتصادية في كتاب الكسب للإمام الشيباني، المنشورة في مجلة (الأمة) القطرية العدد ٣٢ أيار/مايو ١٩٨٣م ص٤٨ ـ ٥٣.

سار المؤلف فيه على ضوء كتاب شيخه أبي عبيد في الأموال من حيث عناوين الكتب، لكنه يضيف بعض الأبواب والأحاديث والأقوال إلى كتابه هذا.

٦ ـ كتاب التبصُّر بالتجارة، لعمرو بن بحر المعروف بالجاحظ، الإمام الأديب، المولود بالبصرة عام ١٥٠هـ والمتوفى بها أيضاً في عام ٢٥٥هـ.

نشر هذا الكتاب بتحقيق حسن حسني عبد الوهاب عضو مجمع اللغة العربية بدمشق والقاهرة، ط. دار الكتاب الجديد عام ١٩٦٦م.

وقام الأخ الدكتور رفعت السيد العوضي بتحليل اقتصادي له، في حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر/ العدد السابع ١٤٠٩هـ، أوضح أنَّ الجاحظ هو أول من استعمل مصطلح (التجارة) في عنوان الكتاب.

وأنَّ كتابه هذا يتضمن بعض المعارف المتعلقة بالتجارة كحرفة، وبالصناعة كحرفة، وبعض المعارف المتعلقة بالكيمياء، والأحجار الكريمة، وما يلحق بها.

كما تضمن بياناً بكثير من السلع المتبادلة في عصره، وخصوصية بعض البلاد ببعض السلع مثل فارس بالثياب والأدوية وماء الورد، والأهواز بالسكر والحديد، والري بالأسلحة والثياب والفواكه، وآمد بالثياب الموشاة والملابس الصوفية، وهكذا.

وقد علق الدكتور العوضي على هذا بقوله: (ويعني هذا أن العالم الإسلامي كان يغطي حاجاته ذاتيًّا...، وكان يتكامل اقتصاديًّا...، وأنه لم يكن مستورداً للغذاء والسلاح من عند غير المسلمين...)[1].

---

(١) بحثه المنشور في حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر ١٤٠٩هـ/ العدد السابع ص٢٨٧.

٧ ـ كتاب إصلاح المال، للإمام أبي بكر بن أبي الدنيا، المولود في ٢٠٨هـ ببغداد، والمتوفى بها في ٢٨١هـ.

وقد طبع بتحقيق الدكتور مصطفى مفلح القضاة عام ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.

والكتاب يتضمَّن جزئين: يشتمل الجزء الأول على أبواب خاصة بأخذ المال من حقه، وفضل المال، وإصلاحه...، ونحو ذلك. ويتضمن الجزء الثاني أبواب القصد في المال وفي المطعم، وفي الملبس، والتركات، وكثرة المال، والفقر.

وهو كتاب تربوي مكمل لكتاب شيخه أبي عبيد، (الأموال) الذي ذكر فيه المسائل الفقهية، فجاء ابن أبي الدنيا فأضاف إليها المسائل التربوية والتعليمية في أخذ الأموال وإصلاحها والاقتصاد فيها، فأظهر بالنصوص أن الاقتصاد في الأمور المعاشية وغيرها من الضروريات التي لا غنى للمسلم عنها في حياته[1].

٨ ـ كتاب الأموال، للإمام أحمد بن نصر، أبي جعفر الداوودي المالكي، المتوفى ٤٠٢هـ.

حيث جاءت أبوابه في أحكام الغنائم والفيء والأنفال، وأحكام الجهاد والصلح والهدنة، وفتح أفريقية، ومكة، وأحكام الصدقات، ثم ختمه بذكر الكفاف والفقر والغنى.

والكتاب حققه مركز الدرسات الفقهية والاقتصادية، وطبعته دار السلام بالقاهرة عام ١٤٢١هـ.

٩ ـ كتاب حق الفقير، للإمام ابن حزم الظاهري، المتوفى ٤٥٦هـ.

الذي حاول فيه ابن حزم بيان الحلول لمشكلة الفقر المتمثلة في قيام

---

(١) مقدمة المحقق للكتاب ص٦٤.

الدولة بواجبها في جمع الزكاة بالكامل وصرفها بالعدل، ثم إن لم تكف الزكاة تستكمل من خلال حقوق أخرى من المال سوى الزكاة[1].

١٠ ـ كتاب الإشارة إلى محاسن التجارة، لأبي الفضل جعفر بن علي الدمشقي، (من علماء القرن السادس الهجري).

جاء على نسق «كتاب التبصر بالتجارة» للجاحظ.

وقد أفاض فيه مؤلفه عن القضايا التجارية والاقتصادية، حتى سمَّاه أحد الباحثين: (أبا الاقتصاد)[2].

١١ ـ كتاب الاستخراج لكتاب الخراج، لأحمد بن رجب الحنبلي، المتوفى ٧٩٥هـ.

وهو كتاب خراجي على المذهب الحنبلي، حققه الأخ جنيدي محمود الهيتي[3].

١٢ ـ كتاب الفلاكة والمفلوكين (أي: الفقر والفقراء)، تأليف أحمد بن علي الدلجي، المتوفى ٧٩٩هـ.

طبع هذا الكتاب بمطبعة دار الشعب بالقاهرة عام ١٣٢٢هـ.

وهو كتاب تحليلي لمشكلة الفقر باعتباره ليس ظاهرة من ظواهر الحرمان فقط، وإنما له تأثيرات خطيرة على الإيمان والعبادات والفضائل، وأن الأمة الفقيرة لا يمكن أن يتحقق لها توازنها، حيث تكون معرضة للهيمنة والاستعباد[4].

---

(١) د. إبراهيم الطحاوي: الاقتصاد الإسلامي ص١٥٤.
(٢) السيد محمد عاشور: دراسة في الفكر الاقتصادي العربي: أبو الفضل جعفر بن علي الدمشقي (أبو الاقتصاد) ط. الأولى ١٩٧٣م.
(٣) وهو رسالة ماجستير من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر ١٩٨٠م.
(٤) د. إبراهيم الطحاوي: الاقتصاد الإسلامي ص١٥٣.

١٣ ـ كتاب كشف الحال عن الوجوه التي ينتظم منها بيت المال، تأليف محمد التاردي بن محمد الطالب بن سودة المري الفاسي، المتوفى ١٢٠٩هـ.

وهو كتاب مخطوط لم يطبع بعد، يتحدَّث عن موارد بيت المال، وسبل التصرُّف فيها، ويورد سير السلف الصالح والخلفاء بهذا الشأن، فيتحدَّث عن الغنيمة والركاز والمال الذي لا وارث له ولا صاحب[1].

تعليق وتحليل:

هذه الكتب المتخصصة في المال وأحكامه التي وصلتنا، وكتب أخرى لم تصلنا ـ وهي كثيرة ـ والتي بدأ التأليف فيها منذ القرن الثاني الهجري، أي القرن الثامن والتاسع الميلادي، حيث كانت أوروبا (كلها) تعيش ما يسمى: القرون الوسطى (٥٠٠ ـ ١٥٠٠م)، إن دلت على شيء فإنما تدل على سبق المسلمين في تأصيل علم الاقتصاد، والنظريات الاقتصادية لحل المشاكل، وبالتالي فإن إنكار بعض كتاب المسلمين للاقتصاد الإسلامي ليس محل استنكار فحسب، بل محل استغراب ناتج عن التغريب واستلاب الذات والهوية.

ومن جانب آخر، فإن هذه الكتب ـ في مجموعها ـ ليست مجرد استعراض للنصوص الشرعية، بل فيها التحليل والتأصيل وبيان مشاكل الفقر والظلم، والبطالة، وقلة الإنتاج، وأسبابها، وآثارها، ومخاطرها على الدين والمجتمع، مع بيان حلول عملية لها، كما أنها تتضمن نظاماً ماليًّا متكاملاً جامعاً بين الدين والأخلاق والفكر والاستنباط.

وهذا لا يعني أننا نقول: إنها منظمة مثل علم الاقتصاد اليوم، ولكنها نواة، ومبادىء طيبة لبناء علم الاقتصاد الإسلامي ونظرياته عليها، كما سنتطرق إلى ذلك بشيء من التفصيل بإذن الله تعالى.

---

(١) يقول د. مصطفى القضاة في مقدمته لكتاب إصلاح المال لابن أبي الدنيا ص٧٨: (وقد عثرت على نسخة خطية منه في مكتبة الدكتور نجم الدين عبد الرحمن حلف (أ/٧٠٧)، وهي نسخة بخط تلميذ المؤلف وعليها إجازة بخطه، وأنا الآن بصدد تحقيقها).

التعريف بالمال وبيان أحكامه

المال لغةً: من المول، وأصله: مال يمول مولاً، ومؤولاً: أي: كثر ماله، فهو مال، ومال فلاناً، أي: أعطاه المال، وموّله: قدَّم له ما يحتاج من مال، وتموّل: نما له مال، وتمول مالاً: اتخذه قنية، والمموِّل هو: من ينفق على عمل ما[1].

وجاء في المعجم الوسيط: المال: كل ما يملكه الفرد أو الجماعة من متاع، أو عروض تجارة، أو عقار، أو نقود، أو حيوان[2].

وفي اصطلاح الفقهاء: قال ابن عابدين: (المال: ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادِّخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتموّل الناس كافة أو بعضهم)[3].

وقال الشاطبي: (وأعني بالمال ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه)[4].

وقال الشافعي: (المال: ما له قيمة يباع بها، وتلزم متلفه وإن قلّت)[5].

وقال الزركشي: (المال ما كان منتفعاً به، أي: مستعدًّا لأن ينتفع به)[6].

---

(١) يراجع: القاموس المحيط، ولسان العرب مادة (مال).

(٢) المعجم الوسيط، ط. قطر (٢/ ٨٩٢).

(٣) حاشية ابن عابدين، ط. دار إحياء التراث العربي ببيروت، ط. الثانية ١٤٠٧هـ (٤/ ٣)، وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في مادتها ١٢٦.

(٤) الموافقات للشاطبي، ط. دار المعرفة (٢/ ٣٣٢).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص٣٢٧.

(٦) المنثور في القواعد، ط. أوقاف الكويت ١٤٠٢هـ (٣/ ٢٢٢).

وقال ابن قدامة: (وهو ـ أي: المال ـ ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة)[1].

وجاء في «الإنصاف» في شرحه لما سبق: (فتقييده بما فيه منفعة احتراز عن ما لا منفعة فيه كالحشرات ونحوها، وتقييده المنفعة بالإباحة احتراز عن ما فيه منفعة غير مباحة كالخمر... وتقييده بالإباحة لغير ضرورة احتراز عن ما فيه منفعة مباحة للضرورة، كالكلب ونحوه، قاله ابن منجّى، وقال: فلو قال المصنف: لغير حاجة لكان أولى، لأن اقتناء الكلب يحتاج إليه ولا يضطر إليه، فمراده بالضرورة: الحاجة، وقال الشارح: وقوله: لغير ضرورة، احتراز من الميتة والمحرمات التي تباح في حال المخمصة...)[2].

وهذه التعاريف يظهر منها توجهان بوضوح هما:

الأوَّل: توجه الحنفية الذين حصروا المال في الأعيان التي يمكن ادخارها، ولذلك يمكن نقده بأن المنافع مال، وأن هناك أنواعاً من الأموال كالخضروات مع أنها لا يمكن ادخارها، كما أنَّ تقييد المال بميل الطبع غير منضبط، بل غير جامع، لوجود أموال لا يميل إليها الطبع كالأدوية المرة غير المستساغة، وكالثمار المأكولة في بدء انعقادها على الشجر قبل صُلُوحها ونضجها، حيث لا يميل إليها الطبع مع أنها أموال[3].

الثاني: توجُّه الجمهور من حيث المبدأ نحو التوسع في دائرة المال، وإن كان بعض التعاريف المذكورة غير دقيقة.

الفرق بين التوجهين:

فالفرق بين توجه الجمهور، وتوجه الحنفية يظهر مما يأتي:

---

(١) المقنع، ومعه الشرح الكبير، والإنصاف، تحقيق د. عبد الله عبد المحسن التركي، ط. السعودية (١١/ ٢٣).

(٢) الإنصاف مع المقنع (١١/ ٢٣).

(٣) الشيخ مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ط. السادسة (٣/ ١١٥).

(أ) أن الحنفية اشترطوا في المالية أن يكون شيئاً عينيًّا مادِّيًا، أما الجمهور فلم يشترطوا ذلك بل وسعوا دائرة المال للأعيان والمنافع والحقوق، وهو الراجح كما سيأتي.

(ب) أن الحنفية لم يشترطوا في المالية كون المال مباحاً، في حين أن معظم الجمهور اشترطوا ذلك.

ولكن الفريقين متفقون في أن العنصر الأساس في المالية هو كون الشيء له قيمة ومنفعة حسب العرف السائد.

ولذلك فالذي يظهر لي رجحانه هو: أنَّ المال هو كل ما له قيمة بين الناس، ومنفعة حسب العرف.

وعلى ضوء ذلك يمكن تعريفه تعريفاً جامعاً مانعاً وهو: **كل عين، أو حق له قيمة مادية أو منفعة عرفاً**.

وهذا التعريف يشمل المال: الأعيان المادية، والمنافع، والحقوق، وأن المعيار في شمول المالية هو القيمة والمنفعة حسب العرف السائد.

وأما كونه مباحاً، أو مما يباح الانتفاع به فهو خاص بالمال الحلال، أو المال المتقوم، وليس قيداً في تعريف المال المطلق، ولذلك نقسمه إلى الحلال والحرام، فالمحرم بذاته، أو لغيره مال، ولكنه ليس مالاً حلالاً في نظر الإسلام، أو أنه ليس مالاً متقوّماً.

والقيد الوحيد في المالية هو المنفعة حسب العرف السائد، فمدار المالية على المنفعة المعتبرة في العرف السائد، ولذلك نرى الفقهاء يقولون: كل ما فيه منفعة يجوز بيعه، وما لا فلا[1]، وأن الحكم والمعيار في اعتبار المنفعة هو العرف الذي قد يتغير من زمن إلى زمن آخر، ومن بلد إلى آخر،

---

(١) يراجع: كتاب البيع في معظم الكتب الفقهية.

فقد يكون الثعبان السام الذي ليس فيه منفعة سوى في سمّه اليوم مالاً في عصرنا الحاضر، ولم يكن مالاً في الأعراف السابقة.

أموال جديدة في عصرنا الحاضر:

وبناء على هذا التعريف للمال دخل فيه جميع ما فيه منفعة في عصرنا الحاضر، مثل الحقوق المعنوية، والطاقة الشمسية والهوائية والذرية، ونحوهما، والسموم المستخدمة في الأدوية، وكل ما فيه منفعة في عصرنا الحاضر، حيث إن هذه الأشياء تعتبر أموالاً لها قيمتها، وحرمتها.

شمولية المال للمنافع:

المنافع لغة: جمع منفعة وهي الخير والفائدة وما يتشوقه الكل طبعاً، والفوائد في اللغة تشمل الفوائد العرضية التي تستفاد من الأعيان، وهي غير محرزة بذاتها مثل: سكنى الدار، وركوب وسائل النقل، ونحوهما. كما تشمل الفوائد المادية التي تستفاد من الأعيان، كاللبن، والصوف، وثمار الأشجار ونحوها[(١)].

ولا يختلف معنى (المنافع) في اصطلاح الشيخين (أي: الرافعي والنووي) عما هو مذكور لدى معظم محققي الشافعية، وعن المعنى اللغوي الشامل للمنفعة، حيث جاء في تحفة المحتاج: (ومن ثمّ استحسنا ـ أي: الشيخان ـ أن المنفعة تتناول الخدمة والسكنى؛ أي: وغيرهما)[(٢)] من غلة حانوت ودار.

وقد أوضح ابن حجر: أن الغلة فائدة عينية، وأما المنفعة فمقابلة

---

(١) القاموس المحيط، ولسان العرب، والمصباح المنير مادة (نفع)، ويراجع: الكليات لأبي البقاء، ط. الرسالة ص٦٦٩، والمفردات للأصفهاني ص٥٠٢.

(٢) تحفة المحتاج، مع حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي، ط. دار صادر (٧/ ٦٠ ـ ٦١).

للعين، وأنها لا تشمل الكسب. ثم ذكر رأي ابن الرفعة: أن الغلة تفيد السكنى، وبيّن أنه ضعيف. وقال غيره: الوجه أن المنافع تشمل الغلة والكسب، وأن الغلة وإن كانت فائدة عينية فهي معدودة من منافع الأرض.

والحاصل: أن ما ذكره الشيخان صحيح، ثم اعتمده المحققون وأن المنفعة تطلق على ما يقابل العين[١]، وبالتالي تشمل فائدة.

وهذا في نظري هو الراجح؛ لأن كلًّا من الخدمة والغلة والسكنى منفعة حاصلة من عين مملوكة، إضافة إلى أن الحقوق المالية هي أيضاً منفعة، وذلك لأن المنفعة في اللغة تشمل كل ذلك، ولم يرد نص شرعي بتقييدها بنوع معين، فتبقى على شمولها وإطلاقها.

لكن أكثر الفقهاء يستعملون (المنافع) في الفوائد المعنوية العرضية فقط، حيث عرَّفوها بأنها: (الفوائد العرضية التي تستفاد من الأعيان بطريق استعمالها)[٢]، وهو اصطلاح خاص بهم، فلا مشاحة فيه.

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء (الحنفية والجمهور)[٣] في أن المنافع بمعنى الفوائد العينية: أموال، وإنما الخلاف في أن المنافع بمعنى الفوائد العرضية المعنوية فقط.

---

(١) المرجع السابق نفسه.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر (١/ ١٠٠)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣٩/ ١٠١)، ويراجع: الشيخ علي الخفيف: المنافع ص١، ٢، و د. محمد عثمان شبير: المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ط. دار النفائس بالأردن ص٧٢.

(٣) يراجع لهذا الموضوع: المبسوط للسرخسي (١١/ ٧٨ ـ ٧٩)، وتبيين الحقائق (٥/ ٢٣٤)، وكشف الأسرار عن أصول البزدوي (١١/ ١٧٢)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٤٤٢)، وروضة الطالبين (٥/ ١٢)، والمنثور في القواعد للزركشي (٣/ ١٩٧ ـ ٢٢٢)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ٣).

ومن جانب آخر فإن الحنفية يتفقون مع الجمهور في أنَّ المنافع إذا ورد عليها عقد معاوضة (مثل عقد الإجارة) فإنها حينئذٍ أموالٌ استحساناً، على خلاف القياس، ولذلك لا يقاس عليه[1].

كما لا خلاف بين الجمهور في أن المنافع غير المالية والحقوق المجردة ليست أموالاً.

فوائد هذا الخلاف وآثاره:

هذا الخلاف بين الحنفية والجمهور ليس خلافاً لفظيًّا لا تترتب عليه آثار، بل هو خلاف معنوي تترتب عليه آثار كثيرة من أهمها:

(أ) ضمان المنافع:

١ ـ إنَّ المنافع إذا غصب أصلها فلا تعوض عند الحنفية، في حين أنها تعوض عند الجمهور، فلو أن شخصاً غصب عيناً صالحة للتأجير فترة من الزمن دون إضرار بها، فليس لمالكها الحق بالمطالبة عن التعويض عن أجرتها؛ لأن المنافع لا تعتبر مالاً دون عقد[2]. في حين يرى الجمهور أن لمالكها الحق في التعويض عن أجرة مثلها؛ لأن المنفعة مال متقوم فواجب ضمانها كالعين المغصوبة نفسها[3].

٢ ـ أن الحقوق المعنوية والأدبية كحقوق الابتكار والعلامات التجارية ـ كما سيأتي تفصيلها ـ لا تعتبر أموالاً عند الحنفية على ضوء تعريفهم السابق للمال، في حين أنها تعتبر أموالاً عند الجمهور.

---

(١) فتح الغفار شرح المنار، لابن نجيم (١/ ٥٢).

(٢) المصادر الحنفية السابقة، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣٦/ ٣٢).

(٣) يراجع: بدائع الصنائع (٧/ ١٤٣)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٤١٣)، وبداية المجتهد (٢/ ٣١٣)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٤٤٨)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٨٦)، والمغني (٥/ ٢٧٠)، والقواعد، لابن رجب ص٢١٢، والموسوعة الفقهية (٣١/ ٢٣٧).

غير أن متأخري الحنفية عالجوا معظم هذه المسائل عن طريق الاستحسان القائم على العُرف، واقتربوا ـ من حيث النتائج ـ كثيراً من الجمهور:

ففي شأن المنافع قال متأخِّروهم: (ويطلق المال على القيمة، وهي ما يدخل تحت مقوَّم من الدراهم والدنانير)[1]، بل إنهم يطلقون المال على المنافع، ولكنهم يقولون: (إنها مال غير متقوم)[2].

وفي شأن الغصب ذهب متأخروهم إلى ضمان أجر المثل في ثلاثة مواضع (والفتوى على رأيهم)، وهي: أن يكون المغصوب وقفاً، أو ليتيم، أو معدًّا للاستغلال بأن بناه صاحبه، أو اشتراه لذلك الغرض.

وأخذت به مجلة الأحكام العدلية في مادتها (٤٥٩) وأضافت بأن (المجنون في حكم اليتيم).

ونقل المحاسني في شرحها فتوى المتأخرين بزيادة ضمان بيت المال على الثلاثة المذكورة[3].

(ب) وراثة المنافع:

على رأي الحنفية أن المنافع بانفرادها لا تورث، بل قالوا: لا تحتمل الإرث، في حين أن الجمهور يرون أنها تورث[4]، وهو الأرجح.

أدلَّة الحنفيَّة:

استدلَّ الحنفية في أنَّ المنافع ليست مالاً لما يأتي:

---

(١) الدرر المنتقى شرح الملتقى، نقلاً عن أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد ص١٠.

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٤٢) حيث قال: (وسواء أكان المال عيناً أو ديناً أو منفعة)، ويراجع د. عبد السلام العبادي: الملكية (١/ ١٨٢).

(٣) انظر: شرح المجلة في مادتها ٤٥٩، ٤٧٢.

(٤) المصادر السابقة.

١ ـ أن المنافع وحدها لا يمكن حيازتها من حيث هي، ولا تمولها؛ لأن التمول يعني حيازة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع في حقيقتها غير موجودة وجوداً محسوساً حتى يكون لها البقاء والاستمرار، أو كما يقولون: إنَّ المنافع لا تبقى زمانين لكونها أعراضاً، فكلما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التمول، يقول صدر الشريعة: (إذ لا تقوّم بلا إحراز، ولا إحراز بلا بقاء، ولا بقاء للأعراض)[١].

ويمكن أن يرد على هذا الدليل بأن المالية تعتمد على العرف، ولا تعتمد على هذه الناحية الفلسفية، فالعرف قائم على أن المنافع معتبرة، بل إن قيمة الأعيان بمنافعها، فكم من أعيان ضخمة لا قيمة لها؛ لأنه لا منفعة لها، فالمعيار الحقيقي للمالية هو المنفعة.

٢ ـ إن المريض مرض الموت ممنوع من التبرع في حدود الثلث، ومع ذلك لا يشمل هذا المنع أمواله دون قيد الثلث، وهذا يدل على أنه لو كانت المنافع أموالاً لما جازت الإعارة إلّا في حدود الثلث[٢].

والجواب عن ذلك ـ إذا سلَّمنا به ـ أن سببه يعود إلى أن عقد الإعارة غير ملزم عند جمهور الفقهاء[٣]، كما أن يد المستعير يد ضمان عند الشافعية والحنابلة، وكذلك عند المالكية فيما يغلب عليه[٤]، وهو الراجح؛ لقول النبي ﷺ في حديث صفوان ـ حينما استعار منه أدرعاً ـ (بل عارية

---

(١) المبسوط (١١/ ٧٨ ـ ٧٩)، وفتح الغفار (١/ ٥٢)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣٦/ ٣٢).

(٢) د. محمد عثمان شبير: المدخل إلى فقه المعاملات المالية ص٧٤.

(٣) حاشية (٤/ ٧٦٧)، والمغني (٥/ ٢٢٤)، والشرح الصغير (٣/ ٥٧٢)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٢٠)، وتحفة المحتاج (٥/ ٤٢٨)، والمغني (٥/ ٢٣٢).

(٤) شرح العناية مع فتح القدير (٧/ ٤٦٩)، وتبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ٨٥)، والشرح الكبير (٣/ ٤٣٦)، وبداية المجتهد (٢/ ٣٤٢)، وأسنى المطالب (٢/ ٣٢٨)، والمغني (٥/ ٢٢١)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٥/ ١٨٩).

مضمونة)[1]، فإذا كانت مضمونة لم تؤد الإعارة إلى الإضرار بالورثة، وبالتالي فلم يمنع المريض مرض الموت عنه.

أدلَّة الجمهور:

واستدلَّ الجمهور على أن المنافع أموال لما يأتي:

١ ـ **الكتاب**، حيث وردت بعض آيات كريمة تدل على أن المنافع أموال، منها قوله تعالى في قصة موسى عليه السلام حاكياً قول الرجل الصالح: ﴿قَالَ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ...﴾[2]، حيث جعل الانتفاع بها مالاً في مقابل العمل.

ويؤكد ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۖ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ ۚ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ۚ﴾[3]؛ أي: أن المهر في مقابل الانتفاع.

وكذلك وردت أحاديث كثيرة في هذا المجال تدل على ما سبق ذكره[4].

٢ ـ إن مرجع كون الشيء مالاً **هو الطبع والعرف**، فالمنافع يميل إليها الطبع بدون ريب، والعرف يعتبرها أموالاً حيث تبذل في سبيل تحصيلها الأموال، وتجري عليها العقود، مثل الإجارة والإعارة ونحوهما.

والذي يظهر لنا رجحانه هو أن المنافع أموال تطبق عليها جميع أحكامها، لقوة أدلة الجمهور.

---

(١) الحديث رواه أبو داود، ط. دعاس (٣/ ٨٢٣)، وأحمد (٣/ ٤٠)، والبيهقي (٦/ ٢٨٩)، وقوَّاه بمجموعة من الشواهد.
(٢) سورة القصص: الآية ٢٧.
(٣) سورة النساء: الآية ٢٤.
(٤) يراجع: أبواب المهر في كتاب النكاح في كتب السُّنَّة كلها.

شمولية المال للحقوق المالية المعنوية:

الحقوق لغةً: جمع حق، وهو بمعنى: الثابت، والصحيح، والجدير، والصدق، ونقيض الباطل، وهو اسم من أسماء الله تعالى، ويطلق على النصيب الواجب للفرد، أو الجماعة(١).

والحقوق لها تقسيمات كثيرة تأتي في القسم الثالث من هذا الكتاب.

والذي يهمنا هنا هو الحديث عن الحقوق المالية المعنوية، التي عرَّفها القانونيون بأنها: سلطة لشخص على شيء غير مادي هو ثمرة فكره، أو خياله، أو نشاطه، كحق المخترع في مخترعاته، وحق التاجر في الاسم التجاري، والعلامة التجارية، وثقة العملاء.

وقد يعبرون عنها أو عن بعضها بالحقوق الذهنية، والحقوق الأدبية، والحقوق الفكرية، وحقوق الابتكار، والملكية الأدبية والفنية والصناعية، والاسم التجاري، وحق الاختراع، وحقوق التأليف.

وقد كان لفقهائنا سبق الحديث إلى ذلك من خلال الاعتراف بحق الخلو وجواز بيعه بشروطه، والتنازل عن بعض الوظائف بمال(٢).

وقد ذهب جماهير الفقهاء (المالكية، والشافعية، والحنابلة، ومتأخرو الحنفية) إلى اعتبار جميع الحقوق المالية أموالاً لها قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، فلا يجوز الاعتداء عليها، وخالفهم في ذلك الحنفية ـ كما سبق ـ.

---

(١) لسان العرب، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط مادة (حق).

(٢) حاشية ابن عابدين (٤/ ١٤ ـ ١٥، ٣/ ٤١٧)، ونهاية المحتاج (٥/ ٤٧٨)، ويراجع: بحث الحقوق المعنوية للدكتور علي القره داغي، ضمن بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ط. دار البشائر الإسلامية ٢٠٠١م ص٣٩٣ ـ ٤٤٠.

والراجح هو قول الجمهور.

وقد صدر به قرار (رقم ٤٣ (٥/٥))[١] من مجمع الفقه الإسلامي نص على ما يلي:

(إن مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ـ ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ الموافق ١٠ـ ١٥ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٩٨م، بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الحقوق المعنوية، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي:

أوَّلاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرُّف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي، إذا انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقًّا ماليًّا.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها، والله أعلم).

شموليَّة المال للديون:

الديون جمع الدَّين ـ بفتح الدال ـ ، وهو لغة يطلق على ما له أجل، وأما الذي لا أجل له فيسمى القرض[٢].

---

(١) يراجع: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الخامس (٣/ ٢٢٦٧).

(٢) لسان العرب، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط مادة (دان).

وفي اصطلاح الفقهاء يطلق على معنيين هما:

١ ـ معنى عام، وهو إطلاقه على كل ما يجب في ذمة الإنسان بأي سبب من الأسباب، سواء كان من حقوق الله تعالى أم من حقوق العباد.

٢ ـ إطلاقه على ما يثبت في الذمة بسبب عقد، أو استهلاك، أو قرض، أو تحمل التزام أو قرابة أو مصاهرة[١]، وهو المقصود به هنا.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الديون الثابتة في الذمة أموالاً على سبيل الحقيقة؛ لأنها أموال وإن كانت آجلة قياساً على المال المغصوب بطريق أولى، ولذلك يثبت بها اليسار، فلا يجوز دفع الزكاة إلى من يملك منها بقدر الغنى، إلّا إذا كان الدَّين غير ممكن ردّه، وحينئذٍ يكون حكمه حكم المال المغصوب، ولذلك تجب النفقة بسببها.

وذهب الحنفية ووجه للشافعية إلى أن الدين مال حكمي وليس مالاً على سبيل الحقيقة؛ لأنه غير موجود في الواقع، فلا يؤول إلى المال إلّا بالقبض[٢]، والراجح هو رأي الجمهور.

مدى شمول المال للمال الحرام؟

المال الحرام نوعان:

النوع الأوَّل: مال حلال بذاته، ولكنه محرم بسبب كسبه أو الحصول

---

(١) يراجع: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٧٥)، وفتح الباري (٤/ ٦٦)، والمنثور في القواعد للزركشي (٢/ ١٥٨)، والقواعد لابن رجب ص٥٤، ويراجع لمزيد من التفصيل: د. علي القره داغي: بحث: التصرُّف في الديون، ضمن بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ص١٩٨.

(٢) يراجع: فتح القدير (٥/ ٤٣١)، ومنح الجليل للشيخ عليش (١/ ٣٦٢)، ونهاية المحتاج (٣/ ١٣٠)، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٥٤، ويراجع الدكتور نزيه حماد: قضايا فقهية معاصرة ص٣٧، و د. شبير: المدخل إلى فقه المعاملات المالية المعاصرة ص٧٨.

عليه، فاكتسب بطريق محرم شرعاً، وذلك مثل الأشياء المباحة المسروقة، أو المغصوبة، أو الناتجة بسبب عقد فاسد، أو باطل، أو أي طريق غير مشروع.

فهذا النوع مال بالاتفاق، وإنما الخلاف في تملك حائزه ـ كما سيأتي ـ.

النوع الثاني: الأشياء المحرمة لذاتها، كالميتة، والدم، ولحم الخنزير ونحوها.

فهذا ليس بمال إذا كان لدى مسلم بالاتِّفاق، ولكن إذا كان مملوكاً لأهل الكتاب الذين يؤمنون بحله مثل الخمر والخنزير عند النصارى، فإنه يعتبر مالاً عند الحنفية، ولا يعتبر مالاً عند الجمهور[1].

أسباب تحريم المال:

هناك أسباب كثيرة للمال الحرام نوجزها فيما يأتي:

١ ـ مال حرام ناتج بسبب بيع منهي عنه مثل: بيع الغرر[2]، والأشياء المحرمة، والبيع مع السلف، وبيع ما فيه الربا، والعِينة، ونحو ذلك.

٢ ـ مال حرام بسبب إجارة منهي عنها مثل: أجرة البغاء والرقص الماجن.

٣ ـ المال الحرام الناتج عن الاعتداء على مال الآخر، مثل: السرقة والغصب، والغلول، واكل مال اليتيم ونحو ذلك.

---

(١) يراجع: المغني (٤/ ٢٨٣)، والإقناع للمقدسي (٢/ ٦٠)، وإحياء علوم الدين (٢/ ٩٢)، ومجموع الفتاوى (٢٨/ ٥٩٢)، ويراجع: محمد عبد الرزاق: أحكام التصرف في الكسب الحرام، رسالة ماجستير بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود عام ١٤١٥هـ ص١٠٨ ـ ١١٠.

(٢) يراجع: الشيخ الصديق الضرير: الغرر وأثره في العقود، ط. سلسة صالح كامل ص٤٧ وما بعدها.

٤ ـ المال الحرام الناتج عن استغلال السلطة والنفوذ، مثل: الرشوة، والهدايا للموظفين الذين لهم تأثير على القرار.

قال ابن عبد البرّ: (من المكاسب المجتمع على تحريمها: الربا، ومهور البغايا، والسحت، والرشاوى، وأخذ الأجرة على النياحة، وعلى الكهانة، وادعاء الغيب، وأخبار السماء، وعلى الزمر واللعب والباطل...)[١].

وقد ذكر ابن رجب أمثلة كثيرة للحرام المتفق عليه، والمختلف فيه[٢].

كما ذكر ابن جزي أنواع المال الحرام فقال: (إن أخذ أموال الناس بالباطل على عشرة أوجه، كلها حرام، والحكم فيها مختلف وهي: الحرابة، والغصب، والسرقة، والاختلاس، والخيانة، والإذلال، والفجور في الخصام بإنكار الحق أو دعوى الباطل، والقمار، والرشوة، والغش)[٣].

وأثر الخلاف يظهر في مسألة الضمان، حيث إن الحنفية يوجبون على من أتلف خمور الذميين أو خنازيرهم التعويض، وأما الجمهور فلا يوجبونه وإنما يكتفون بالتعزير إذا توافرت شروطه، وكذلك يظهر الأثر في صحة إجراء العقد عليه، على تفصيل ليس هذا محل بحثنا.

حكم المال الحرام:

الحرام لذاته: لا يصح تملكه من قبل المسلمين بالاتِّفاق، وكذلك لغيرهم عند الجمهور، وأما الحنفية فقالوا بصحة تملُّك الخمر والخنزير بالنسبة لغير المسلمين ـ كما سبق ـ.

---

(١) الكافي لابن عبد البر (١/ ٤٤٤).

(٢) القواعد لابن رجب الحنبلي ص٥٥، ويراجع لمزيد من التفصيل: أ. د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (٥/ ٥١٧)، ومحمد عبد الرزاق: المرجع السابق ص١٢٩ وما بعدها.

(٣) القوانين الفقهية، ط. دار الكتاب العربي ص٣٢٣ مع اختصار.

وكذلك إذا ورد العقد من المسلم على الحرام لذاته وحده، فإن العقد باطل عند الجميع، وإذا ورد العقد عليه مع مباح مثل أن يبيع شاة مع خنزير بمبلغ ألف ريال ـ مثلاً ـ فإن العقد فاسد، يمكن تصحيحه ـ عند الحنفية ـ في الشاة، وذلك بالاتفاق على ردّ الخنزير.

وأما الحرام لكسبه: فالأصل والقاعدة العامة فيه أنه لا يتملكه حائزه ما دام سببه حراماً.

وهذا الرأي هو الراجح في نظرنا، وعلى ذلك أدلة كثيرة من الكتاب، والسُّنَّة، والمعقول، منها:

١ ـ **أما الكتاب،** فهناك آيات كثيرة تدل على النهي عن الكسب الحرام والعمل الحرام والأكل بالباطل، منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[(١)]، وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[(٢)].

٢ ـ **أما السُّنَّة،** فالأحاديث الدَّالَّة على حرمة ذلك أكثر من أن تُحصى هنا، منها: قوله ﷺ: «**إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا**»[(٣)]، وقوله ﷺ: «... **وليس لعرق ظالم حق**»[(٤)]، حيث يدل بوضوح على أن الظالم لا يكسب أي حق بسبب ظلمه، بل عليه رده.

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٣) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر: صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ، كتاب الحج (٣/ ٥٧٣) الحديث ١٧٣٩. ومسلم، كتاب الحج (٢/ ٨٨٦ ـ ٨٨٩) الحديث ١٢١٨.

(٤) رواه أبو داود في سننه، كتاب الخراج والفيء، الحديث ٣٠٧٣. والترمذي في سننه، كتاب الأحكام، الحديث ١٣٩٤. والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٩٩). قال الألباني في صحيح سنن أبي داود رقم ٢٦٣٨: الحديث صحيح.

إضافة إلى الآيات والأحاديث الدالة على حرمة أنواع الكسب الحرام، من الربا والغرر والقمار ونحوها.

٣ ـ **وأما المعقول**، فإن العقل السليم يقتضي أن لا يكافأ الظالم على ظلمه بالتملك أو اكتساب أي حق، بل يعاقب عليه بالرد والتعويض، والتعزير، أو بالتعويض والرد فقط، وإلّا فيكون ذلك تشجيعاً للظلمة لمزيد من الظلم والغصب والاعتداء.

يقول ابن عابدين: (... إذ لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي)[١]، وقال الداودي: (إن الأموال إذا أخذت بغير وجهها فهي على ملك مالكها حيث ما وقعت، إذ لا خلاف بين العلماء أن من أثبت عين شيئه كان له أخذه حيثما وجده، لا ينظر إلى ما صار به إلى من صار بيده)[٢].

ومع هذا الأصل العام، فإن هناك اختلافاً بين الفقهاء في بعض التفاصيل، نذكر أهمها:

١ ـ أثر العقد الفاسد على التملك بعد القبض:

هذا ما سنذكره ـ إن شاء الله ـ في القسم الرابع من الكتاب.

٢ ـ المال الحرام الناتج بسبب الربا:

حيث نصَّ القرآن الكريم على أن الحلال هو رأس المال فقط، فقال تعالى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾[٣]، وأما الزائد على رأس المال (الربا) فهو حرام بلا شك، ويجب رده على المقترض (المدين) إن كان فرداً لا يستغله في الإثم، وإلّا فإن كان مؤسسة ربوية، أو يستغل في الإثم، فيصرف في وجوه الخير، وهذا ما صدر به قرار رقم

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ١٧٨).

(٢) الأموال للداودي ص١٦٠.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٩.

(١٣(١/ ٣) من مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ونص على وجوب صرف الفوائد المحصلة في أغراض النفع العام، ووجوه الإغاثة، والمساعدة، وما يتصل بنشر المعرفة الإسلامية[١].

٣ ـ المال الحرام الناتج عن غير الربا، من القمار والفواحش:

فهذا فيه تفصيل لا يتسع طبيعة البحث للخوض فيه[٢].

٤ ـ مدى تملك الغاصب للمال بالضمان:

ذهب الحنفية إلى أن الغاصب للمال آثم وأنه يتملكه، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم، فاشترط أبو حنيفة لثبوت الملك للغاصب إخبار المالك الحقيقي بالضمان، أما قبله فلا يتملكه، ولم يشترط الصاحبان ذلك.

وفي حالة ثبوت التملك، يصح تصرف الغاصب ببيع وهبة، وصدقة ونحوها من التصرفات الناقلة للملكية.

وأما الانتفاع بالمغصوب حينئذ بأوجه الانتفاع، فلا يحل عند أبي حنيفة ومحمد، وذهب أبو يوسف وزفر إلى القول بأنه يحل له بالضمان ولا يلزمه التصدق إن حصل، واستدلوا لذلك بأن الغاصب يملك المغصوب بالضمان من وقت حدوث الغصب[٣].

ولكن جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة)[٤] يرون أن الغاصب لا يتملك المغصوب، فلا يجوز له الانتفاع به، أو منه، ولا التصرف فيه.

---

(١) يراجع: مجلة المجمع، العدد الثاني (٢/ ٥٢٧)، والعدد الثالث (١/ ٧٧).

(٢) يراجع: المصادر الفقهية التي ذكرناها في بداية بحث المال الحرام.

(٣) يراجع: بدائع الصنائع، ط. إحياء التراث العربي/ بيروت (٦/ ١٣١ ـ ١٣٥)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ١٤٤).

(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٤٤٥ ـ ٤٤٦)، وشرح الخرشي (٦/ ١٣٣)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٧٧)، والمقنع مع الشرح الكبير، والإنصاف، تحقيق د. عبد الله التركي، ط. هجر بالجيزة (١٥/ ١١١ وما بعدها).

جاء في الشرح الكبير: (ومنع الغاصب منه ـ أي: من التصرف فيه ـ . . .).

وحاصله: أن الحرام لا يجوز قبوله، ولا الأكل منه، ولا السكنى فيه ما لم يفت عند الظالم، وتتعين عليه القيمة، وإلا جاز على الأرجح، وقال الدسوقي: وإن فات عند الغاصب ولزمته القيمة جاز أكله على ما رجحه ابن ناجي، تبعاً لصاحب المعيار. . . خلافاً لفتوى الناصر والقرافي وصاحب المدخل من المنع إذا علم أن الغاصب لا يدفع قيمته. . .)[1].

وقد استدل الجمهور بجميع الآيات والأحاديث التي حرمت الغصب والاعتداء على أموال الآخرين.

وبالتالي، فما دام ذلك حراماً فلا يترتب عليه أثر مثل التملك الذي يعتبر نعمة من نعم الله، فالرخص، والنعم، لا تستفاد من المعاصي، وأن ما بني على الباطل فهو باطل.

فالملك لا بدّ له من سبب مشروع، ويدل على ذلك بوضوح قول الرسول ﷺ: «**وليس لعرق ظالم حق**»[2]، كما سبق.

لذلك فالرَّاجح هو قول الجمهور من أن الاعتداء على المال بالغصب أو السرقة، أو أي فعل غير مشروع، لا يترتب عليه التملك وصحة التصرفات، وهذا هو المتفق مع قواعد الشريعة الغرَّاء ومبادئها العامة ومقاصدها العادلة، القاضية بسد الذرائع المؤدِّية إلى الفساد، وأنّ ما يُبنى على الباطل فهو باطل، وأنه «ليس لعرق ظالم حق». وتدل عليه الأدلة الكثيرة من الكتاب والسنة ومنهج السلف الصالح، والمعقول.

ومن المعلوم أنه لا خلاف بين الجمهور وغيرهم في حرمة هذه الأعمال والاعتداءات، وإنما الخلاف في ترتيب هذه الآثار عليها.

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٤٤٥ ـ ٤٤٦).

(٢) سبق تخريجه.

وهذا يجعل قول الجمهور متناسقاً ومتناغماً مع الإجماع القائم على حرمة هذه الاعتداءات على المال أو غيره.

لذلك، فالواجب الأول على المعتدي هو المبادرة بأقصى سرعة لرد الأموال والحقوق إلى أصحابها وعدم التصرف فيها حتى لا يزداد إثمه، حيث إن توبته لا تقبل إلّا بتحقيق هذا الشرط.. هذا والله أعلم.



تقسيمات المال

يُقسم المال إلى تقسيمات مختلفة باعتبارات متغايرة، نذكر أهمّها مع فوائد التقسيم وآثاره:

التقسيم الأول:

تقسيم المال إلى مثلي وقيمي

المثلي لغة: نسبة إلى المثل، بمعنى الشبه[١].

وفي اصطلاح الفقهاء ذكروا له عدة تعريفات، ويكفي أن نقول: إنَّ الإمام الرافعي ذكر خمسة تعريفات ثم رجح تعريفه بأنه: (كل ما يحصره الكيل أو الوزن ويجوز السَّلَم فيه)[٢].

ومعظم الفقهاء أضافوا إليه: المعدودات التي لا تفاوت بين آحادها تفاوتاً يعتد به، مثل: البيض والجوز، وكالنقود الورقية المتداولة التي ليست من المكيلات والموزونات، وإنما هي معدودات، ولكنها مثلية من حيث المبدأ والقاعدة العامة[٣].

وعلى ضوء ذلك، فالقيمي هو ما عدا المثلي، فيشمل الأراضي والدور

---

(١) القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط، مادة (مثل) و (قوم).

(٢) فتح العزيز بهامش المجموع (١١/ ٢٦٦ ـ ٢٦٩)، ويراجع: خزانة الفقه (١/ ٣١٨)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ١١٧)، والمبسوط (١٤/ ١٢)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٤٤٦)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٣٥٢)، والبحر الزخار (٤/ ٣٨٥).

(٣) يراجع لمزيد من التفصيل: د. علي القره داغي: قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي، وأثرها على الحقوق والالتزامات ط. دار الاعتصام ١٤١٣هـ ص١٠ ـ ١٥.

والعمارات، والمصانع، والسيارات المستعملة، ونحوها[1].

وعرفت المادة (٨٥ م.م) الأشياء المثلية بأنها: (هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة عند التعامل بين الناس بالعد، أو المقاس، أو الكيل، أو الوزن)، ومثله في المادة (٨٨ م.س)، والمادة (٨٥م.ل)[2].

تحوُّل المثلي إلى القيمي وبالعكس:

*** قد يتحوَّل المثلي إلى القيمي في الحالات الآتية:**

١ ـ **تعيُّبُ** المثليّ بعيب مؤثر في قيمته، وحينئذٍ لا يرد في حالة إتلافه، أو قرضه بالمثل، بل بالقيمة.

٢ ـ **الصنعة**، حيث تجعل المصنوع المثلي قيميًّا، مثل الذهب الذي صنع حلياً، فإنه لا يرد في حالة إتلافه أو قرضه بالمثل بل بالقيمة.

٣ ـ **التغيير**، بأن يُغيِّر شكل المثلي، مثل القمح الذي طحن حيث لم يعد مثليًّا.

٤ ـ **الاستعمال**، مثل السيارة التي لم تستعمل، فهي مثلية ولكن لو استعملت تحولت إلى القيمية.

٥ ـ **الخلط**، ولو بمثلي آخر، مثل خلط القمح بالشعير، وحينئذٍ يصبح الخليط قيميًّا، ويكون ضمانه بالقيمة.

٦ ـ **انتهاء العمل** مثل الفلوس، أو الدراهم المغشوشة (على خلاف بين الفقهاء) أو النقود الورقية، إذا أُلغي العمل بها فسيكون الرد في كل ذلك ـ في حالة الإتلاف أو القرض ـ بالقيمة وليس بالمثل.

---

(١) المصادر والمراجع السابقة.

(٢) يراجع الدكتور السنهوري: الوسيط (٨/ ٨٦).

٧ ـ **القدم**، أو كونه أثريًّا، بأن كان الشيء اكتسب قيمة خاصة بسبب قدمه، أو أنه من الأشياء الأثرية والتحفيات، فحينئذٍ يصبح قيميًّا مهما كان أصله مثليًّا، وبالتالي يكون الرد في حالة الإتلاف مثلاً بالقيمة وليس بالمثل.

٨ ـ **الماء مثليّ**، لكن إذا أتلفه شخص في الصحراء فلا يرده في الحضر بالمثلي، بل بقيمته يوم التلف وفي مكانه[١].

٩ ـ **إشراف المثليّ على الهلاك وطرحه**، جاء في الدر المختار: (وكل مكيل وموزون مشرف على الهلاك مضمون بقيمته في ذلك الوقت كسفينة موقورة أخذت في الغرق، وألقى الملاح ما فيها من مكيل وموزون، يضمن قيمتها ساعته. . .)، فعلق عليه ابن عابدين بقوله: (وأفاد أن المثليّ يخرج عن المثلية لمعنى خارج، ثم هذا إذا ألقى بلا إذن واتفاق، وإلّا ففيه تفصيل)[٢].

* **وأما تحوُّل القيمي إلى المثلي:**

فيتمّ من خلال تغير حالته الطبيعية، مثل أن يغصب رجل رطباً، ـ وهو قيمي على الراجح ـ فصار تمراً، ثم تلف عنده، قال النووي: (فيه وجهان: أحدهما: يضمن مثل التمر ـ وبه قطع العراقيون لأنه أقرب إلى الحق، وأشبههما ـ وبه قطع البغوي: إن كان الرطب أكثر قيمة، لزمه قيمته، لئلا تضيع الزيادة، وإن كان التمر أكثر أو استويا، لزمه المثل. واختار الغزالي أنه يتخير بين مثل التمر، وقيمة الرطب)[٣].

---

(١) يراجع: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٨٤ ـ ٣٨٨، والأشباه لابن نجيم ص٣٦٢ ـ ٣٦٤، وحاشية ابن عابدين (٥/ ١١٧)، وفتح العزيز (٧/ ١٥)، ومطالب أولي النهى (٤/ ٥٤)، وإعلام الموقعين (٢/ ٤٥)، والمغني (٥/ ٢٨٧)، واختلاف الفقهاء للطبري ص١٥٤ ـ ١٥٧، ويراجع لمزيد من التفصيل: د. علي القره داغي: قاعدة المثلي والقيمي ص٨٦ ـ ٨٧.

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ١١٧).

(٣) الروضة (٥/ ٢٤).

وهناك تفاصيل، وتفريعات كثيرة[1].

آثار كون الشيء مثليًّا، أو قيميًّا:

تترتَّب على كون الشيء مثليًّا أو قيميًّا عدة آثار منها:

١ ـ أن المثليّ في حالة الإتلاف، والقرض يكون ردّه بالمثل، والقيميّ يكون ردّه بالقيمة (كقاعدة عامّة).

٢ ـ أن المثليّ يثبت في الذمة، وأما القيميّ فيتعين بالتعيين.

فعلى ضوء ذلك ذهب فقهاء الحنفية إلى أن الثمن إذا كان دراهم، أو دنانير، أو فلوساً رائجة أو الموزون الموصوف، والمكيل الموصوف في الذمة، فلا يشترط قيامه في يد البائع، للحوق الإجازة؛ لأن هذه الأشياء دين لا يتعين بالتعيين، فكان قيامه بقيام الذمة، واما إن كان عيناً فقيامه شرط للحوق الإجازة[2].

ثم إنَّ الثمن عند الحنفية: هو النقود، والمثليات التي لا تجعل في مقابلها النقود ـ أي: المكيل والموزون والعددي المتقارب ـ .

يقول علاء الدين السمرقندي: (وإذا هلك المبيع قبل القبض، ينفسخ البيع، وإذا هلك الثمن في المجلس قبل القبض، فإن كان عيناً مثليًّا لا ينفسخ؛ لأنه يمكن تسليم مثله، بخلاف المبيع؛ لأنه عين. . . أما إذا هلك، وليس له مثل في الحال، فقد اختلف المشايخ فيه)[3].

٣ ـ أن المال المثليّ المشترك، يجوز للشريك أن يأخذ نصيبه، حتى وإن لم يحضر صاحب القسمة، وذلك لعدم وجود الفرق بين آحاده.

---

(١) يراجع لها كتب الفقه، ولا سيما في أبواب الغصب.

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٣٠٢٧)، (٧/ ٣١٥٤)، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣١٥.

(٣) تحفة الفقهاء، تحقيق الدكتور محمد زكي عبد البر ط. إدارة إحياء التراث بقطر (٢/ ٥٤).

أما المال القيميّ، فلا يقسم إلّا بحضور الشركاء أو من ينوب عنهم أو القاضي[1]، يقول الكاساني: (لا خلاف في الأمثال المتساوية، وهي المكيلات والموزونات، والعدديات المتقاربة من جنس واحد تقسم قسمة جمع؛ لأنه يمكن استيفاء ما شرعت له القسمة فيها، من غير ضرر، لانعدام التفاوت)[2].

أهم تطبيقاته المعاصرة:

من أهم التطبيقات المعاصرة لمبدأ المثليّ والقيميّ هو كيفية ردّ الديون الآجلة بالنقود الورقية في حالة تضخمها (أي: انخفاض قيمة النقد أمام السلع) أو انهيارها.

فمثلاً لو أن أحداً اقترض عشرة آلاف دينار عراقي قبل احتلال الكويت، وأن سعر الدينار العراقي الرسمي كان يعادل ثلاثة دولارات، وفي السوق السوداء كان يعادل دولاراً واحداً، ثم أراد أن يرده بعد الاحتلال وقد أصبح أربعة آلاف دينار عراقي يعادل دولاراً واحداً، فكيف يرد هذا القرض؟

الجواب عن ذلك عند جماعة من الفقهاء: أن النقود الورقية مثلية من حيث المبدأ، وبالتالي فلا ترد إلّا بالمثل.

وهذا ما صدر به قرار رقم (٤٢(٤/ ٥) من مجمع الفقه الإسلامي الدولي[3].

ولكن الذي يظهر لي رجحانه في مثل هذه الحالات التي أشرنا إليها في العراق وفي لبنان، ينبغي مراعاة تحقيق العدالة، فيكون الرد بالقيمة يوم القرض، أو بالتصالح والتراضي[4].

---

(١) يراجع: د. أحمد فراج: المرجع السابق ص٢٤، والمصادر التي اعتمد عليها.

(٢) بدائع الصنائع (٩/ ٤١٢٠)، ويراجع: المغني لابن قدامة (٩/ ١١٣).

(٣) يراجع مجلة المجمع العدد الخامس (٣/ ١٦٠٩).

(٤) وقد فصلنا القول فيه في بحثنا المقدم إلى الدورة الخامسة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقدة بالكويت في ١ ـ ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ، ثم طورناه فأصبح كتاباً باسم: قاعدة المثلي والقيمي وأثرها على الحقوق والالتزامات.

التقسيم الثاني:

تقسيم المال إلى عقار ومنقول

يقسم المال باعتبار نقله وتحويله إلى:

١ ـ عَقار، وهو ـ بفتح العين ـ : كل ما له أصل وقرار ثابت، كالأرض والدار، وجمعه عقارات(١).

والفقهاء اتفقوا على اعتبار الأرض عقاراً، واختلفوا في اعتبار الأبنية والأشجار عقاراً، فذهب المالكية إلى أنهما من العقارات، ولذلك عرَّفوا العقار بأنه: ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وشكله، وحينئذٍ يتناول الأرض والبناء والغرس، وغير ذلك من كل ما له أصل ثابت مستقرّ(٢).

وذهب الجمهور إلى حصر العقار في الأرض وحدها على سبيل الحقيقة، وبالتالي تكون الأبنية والأشجار من المنقولات، حيث عرَّفته المادة (١٢٨) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: (المال الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر)(٣).

ولكن الجمهور ألحقوا الأبنية والأشجار بالعقار حكماً على سبيل التبعية في التصرف الوارد على العقار بما فيه من بناء أو شجر (المادة ١٠٢٠ من المجلة).

---

(١) يراجع: القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط مادة (عقر).

(٢) يراجع: مجمع الأنهر (٢/ ٤٧١)، والشرح الصغير (٢/ ٢٢٨)، وحاشية الزرقاوي (٢/ ١٤٤)، وكشاف القناع (٤/ ١٣٨)، ويراجع الشيخ أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ط. النهضة ص٥٩، والشيخ مصطفى الزرقاء: المدخل الفقهي العام (٣/ ١٤٧ ـ ١٤٩).

(٣) المصادر السابقة.

والقوانين المعاصرة تتجه نحو التوسع في دائرة العقار ـ كما هو مذهب المالكية ـ فقد عرَّفت المادة (٦٢) من القانون العراقي: العقار بقولها: (العقار هو كل شيء له مستقر ثابت، بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف، فيشمل الأرض والبناء والغراس).

وجاء فيها أيضاً: (يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله)، ومثل هذا في المادة (٨٢) من القانون المدني المصري.

وعلى ضوء ذلك يدخل في العقار الأرض، وكل ما فيها، والنبات، والأشجار، والمباني، وكل المنشآت على الأرض، وكل منقول خصص لخدمة العقار[1].

وبعض القوانين كالقانون السوري كما في المادتين (٨٤، ٨٥ م س) تقسم العقار إلى ثلاثة أنواع: عقارات بذاتها، مثل: الأرض والبناء، والأشجار، وعقارات بالنظر إلى غايتها، مثل: السمك في الغدير، والسماد المخصص للأرض، وعقارات معنوية مثل: حقوق الارتفاق والتأمينات حتى الدعاوى المقامة في المحاكم على العقارات.

تحوُّل العقار إلى المنقول وبالعكس:

قد يتحوَّل العقار إلى المنقول مثل الأجزاء التي تنفصل عن الأرض مما يستخرج من المناجم والمقالع من معدن وجص ونحوهما، حيث يعتبر حينئذٍ منقولاً.

وقد يتحوَّل المنقول إلى العقار مثل الأبواب والأقفال التي تدخل ضمن المبنى، وتمديدات الماء والكهرباء، والسلالم المثبتة ونحوها[2].

---

(١) الدكتور السنهوري: الوسيط، ط. دار النهضة العربية بالقاهرة (٨/ ١٩).

(٢) الشيخ الزرقاء: المرجع السابق (٣/ ١٤٩ ـ ١٥٠)، ومجلة الأحكام العدلية المادة (٢٣٢)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٩/ ٦٢٥).

وفقهاؤنا قسموا الأراضي في عصرهم باعتبار مالكها إلى ما يأتي:

١ ـ أرض مملوكة بسبب من أسباب الملكية ـ كما سيأتي ـ .

٢ ـ أرض موقوفة، فلا يجوز تملكها، وإنما يصرف ريعها لمن وقفت عليه.

٣ ـ أرض متروكة لمصالح المدينة أو القرية للمرعى أو للأنشطة العامة، ويلحق بها مسافة مناسبة بعد العمران، وهذه تبقى للمصالح العامة، ولا يجوز لأحد الاستئثار بها، وتسمى اليوم بالأراضي المرفقة، أو المتروكة للمرافق العامة.

٤ ـ أرض بيت المال، حيث يعود التصرف فيها إلى السلطان حسبما يحقق المصلحة، وهي تسمى اليوم بالأراضي الأميرية.

وتقسم كذلك باعتبار ما يؤخذ منها من زكاة أو خراج إلى ما يأتي:

١ ـ الأراضي العشرية، وهي الأراضي المملوكة للمسلمين التي يؤخذ منها الزكاة بنسبة العشر ١٠٪ إذا كانت تسقى بماء السماء، ونصف العشر ٥٪ إذا كانت تسقى بمياه الآبار، أو بعبارة أخرى إن استخراج الماء يحتاج إلى تكلفة.

٢ ـ الأراضي الخراجية، وهي الأراضي التي بقيت بأيدي غير المسلمين عند الفتوحات الإسلامية، حيث وجب فيها مقدار محدد يخضع لتقدير الدولة مع مراعاة الكلفة والعدالة، حيث قد يؤخذ جزء من الخارج ويسمى: خراج المقاسمة، أو مقدار من النقود ويسمى: خراج الوظيفة[1].

ثمرة تقسيم المال إلى عقار ومنقول:

لهذا التقسيم عدة فوائد من أهمها:

١ ـ الشفعة، حيث لا تكون إلّا في العقارات عند الجمهور، كما سيأتي.

---

(١) يراجع: الخراج لأبي يوسف ص١٩.
والشيخ الزرقا: المرجع السابق (٣/ ١٥١ ـ ١٥٣).

٢ ـ **تصرُّف الوصي في مال القاصر**، حيث عليه أن يبدأ ـ عند الحاجة إلى البيع ـ بالمنقولات أولاً، ثم العقارات، وهكذا الأمر بالنسبة للقاضي فيما يخص أموال المدين المحجور عليه.

٣ ـ **الوقف**، حيث يصح في العقار بالإجماع، وأما في المنقول فمحل اختلاف، كما سيأتي.

٤ ـ **تصرُّف المشتري في المبيع قبل قبضه** يختلف من العقار، حيث يجوز عند جماعة من الفقهاء في العقار دون غيره[١].

٥ ـ **تعلق حقوق الارتفاق بالعقار دون المنقول**، فيكون حق الارتفاق مقرّراً دائماً على عقار.

وفي القانون نجد فوائد أخرى لهذا التقسيم، منها:

١ ـ إجراءات تسجيل العقار والشهر، حيث لا تنتقل ملكيته إلّا بالتسجيل لدى الجهات الخاصة، في حين أن المنقولات لا تحتاج إلى ذلك.

٢ ـ الحيازة في المنقول تعتبر سنداً للحائز فيما يدَّعيه من حق عليه وقرينة على توافر السبب الصحيح لحيازته، في حين أن حيازة العقار إذا كانت لأقل من خمس عشرة سنة لا تعطيه هذا الحق، بل يقع عليه عبء اثبات السبب الصحيح[٢].

---

(١) تبيين الحقائق (٤/ ٧٩ ـ ٨٠)، وشرح المحلى على المنهاج (٢/ ٢١٢)، والمغني (٥/ ٢٤١)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣٠/ ١٨٧ ـ ١٨٨)، ويراجع: الشيخ أبو زهرة: المرجع السابق ص٥٨، والشيخ الزرقا: المرجع السابق (٣/ ١٦٢)، و د. أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد ص٢٠.

(٢) د. حسن كيرة: المدخل إلى القانون ص٧٠٦ ـ ٧٠٩.

التقسيم الثالث:

تقسيم المال

باعتبار بقائه مع الاستعمال وعدم بقائه به إلى نوعين

١ ـ **مال استهلاكي**، وهو الذي ينتهي بالاستعمال لأول مرة، مثل: المأكولات والمشروبات والمحروقات والأوراق الخاصة بالكتابة ونحوها.

وتلحق بهذا النوع النقود الورقية التي يعتبر خروجها من اليد استهلاكاً من الوجهة الحقوقية، وإن كانت أعيانها باقية في الوجود الخارجي.

٢ ـ **مال استعمالي**، مثل الأموال التي تبقى مع استعمالها، كالأشجار، والعقارات، والسيارات، والأفلام، والأثواب ونحوها.

وهذا التقسيم ذكره أستاذنا الزرقاء وبيَّن أنَّ فقهاءنا لم يذكروه صراحة، ولكن عباراتهم تدلّ عليه[١].

فائدة هذا التقسيم:

العقود الواردة على المنفعة كالإجارة والإعارة ونحوهما، حيث إنها لا ترد على المال الاستهلاكي؛ لأن انتفاعه باستهلاكه، وعقد الإجارة ونحوها يقتضي الانتفاع مع بقاء العين، ولذلك قال الفقهاء: إن الإجارة لا يصح أن ترد على استهلاك العين[٢]، وكذلك الإعارة ونحوها.

---

(١) المرجع السابق (٣/ ١٤٣).

(٢) يراجع: رد المحتار (٤/ ٥٠٤)، والشيخ الزرقاء: المرجع السابق (٣/ ١٤٥).

التقسيم الرابع:

يقسم المال إلى الدّين، والعين[1]

يقسم المال إلى: الدّين، والعين.

فالعين هي الشيء المعيَّن المشخَّص: كالبيت، والسيارة، والفرس ونحوها.

وأمَّا الدّين: فهو ما يثبت في الذمة، كالدراهم والدنانير في ذمة شخص[2]، كما سبق.

فائدة هذا التقسيم:

لهذا التقسيم عدَّة فوائد وآثار، مِن أهمّها:

١ ـ أن الديون في الذمم لا تعتبر محلًّا صالحاً لعقود التمليك والمعاوضة من حيث المبدأ والقاعدة، في حين أن الأعيان تصلح لذلك.

٢ ـ الديون تصح فيها الحوالة، ولا تصح الحوالة في الأعيان[3].

٣ ـ أنّ الدَّين لا يتعيَّن بالتعيين.

التقسيم الخامس:

يقسم المال إلى متقوّم وغير متقوّم

يقسم المال عند الحنفية إلى: مال متقوّم، وغير متقوّم.

المتقوِّم ـ بكسر الواو ـ **لغة** بمعنى المال الذي له قيمة.

---

(١) هذا التقسيم عند جمهور الفقهاء، وأما الحنفية فلم يعتبروا الديون أموالاً؛ لأنَّ المال في نظر متقدميهم لا بدّ أن يكون عيناً، ولكن الحنفية يستعملون الدَّين في مقابل العين.

يراجع: الشيخ الزرقاء: المرجع السابق (٣/ ١٦٨).

(٢) هذا التقسيم ذكره الحنفية.

(٣) يراجع: مجلة الأحكام العدلية: المادة ١٥٨، والمادة ١٥٩.

وفي الاصطلاح: اشترط فقهاء الحنفية شرطين لتحقيق التقوُّم، وهما: إباحة الانتفاع، وتحقق الحيازة[١].

ولذلك عرَّفت المجلة في مادتها (١٢٧) المتقوم بأنه: (ما حيز بالفعل، وأباح الشارع الانتفاع به في حالة السعة والاختيار)، وعرَّفت كذلك غير المتقوم بأنه: (ما لم يُحَزْ بالفعل، أو حيز، ولكن الشارع حرم الانتفاع به في حال السعة والاختيار).

فائدة هذا التقسيم:

لهذا التقسيم فوائد، مِن أهمّها:

١ ـ صحَّة العقود الماليَّة:

إنَّ جميع العقود الواردة على المال كالبيع، والإجارة، والهبة لا تنعقد إلّا إذا كان محلها المعقود عليه مالاً متقوماً، وإلَّا بطلت[٢].

٢ ـ الضمان والتعويض في حالة الإتلاف:

المال المتقوم إذا أتلفه شخص يجب عليه الضمان والتعويض، وأما غير المتقوم فلا حرمة له من ناحية الشرع، وبالتالي فلا ضمان على متلفه[٣].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ١٢٠).

(٢) لكن الحنفية فرقوا بين كون المال غير المتقوم مبيعاً أو ثمناً، فإذا كان مبيعاً كما لو باع خمراً فالبيع باطل، أما إذا كان ثمناً فالبيع ينعقد فاسداً، كما لو باع شاة بخمر، أو بميتة.
يراجع: حاشية ابن عابدين (٤/ ١٢٠) مجمع الأنهر (٢/ ١٠٨)، ويراجع: الشيخ الزرقاء (٣/ ١٢٦).

(٣) حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٢٥، ٢٣٥)، ومجمع الأنهر (٢/ ١٠٨)، والشيخ أحمد فراج حسين: المرجع السابق ص١٤.

التقوُّم في القانون:

هذا المصطلح غير بارز في القانون، ولكن حقيقته موجودة فيه، فالقانون المدني المصري في مادته (٨١)، وكذلك القانون المدني القطري في مادته (٥٦)، وكذلك معظم القوانين المدنية العربية نصَّت على ما يأتي:

١ ـ كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته، أو بحكم القانون، يصح أن يكون محلًّا للحقوق المالية.

٢ ـ والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، أما الخارجة عن التعامل بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلًّا للحقوق المالية.

وهذا التقسيم قريب من التقسيم الفقهي من حيث النتائج والآثار، وإن كان هناك اختلاف في مرجعية التقوم لدى الفقه الإسلامي حيث تعود إلى الشرع الحنيف، في حين أن المرجعية في القانون إلى القانون نفسه، لذلك فما حرَّمه القانون فهو خارج عن ذلك، وما أباحه مثل الخمور فهو داخل المتقوم.

التقسيم السادس:

يقسم المال إلى مملوك، ومباح، ومحجور للمصالح العامَّة

١ ـ **المال المملوك**: هو ما دخل تحت ملكية شخص طبيعي، أو معنوي كالدولة والمؤسسة العامة.

٢ ـ **المال المباح إباحة عامَّة**، مثل: البحار، والغابات، وصيد البرّ والبحر، وهو ما يسمَّى بالمال المشترك، كما ورد في الحديث: «**المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء، والكلأ، والنّار**»[1].

---

(١) الحديث رواه أبو داود، الحديث رقم ٣٤٧٧، وأحمد (٥/ ٣٦٤)، والبيهقي (٦/ ١٥٠)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٦/ ٧).

٣ ـ **المال المحجور للمصالح العامة**: كالطريق العام، والمساجد، والمقابر، والمال الموقوف للمصالح العامة[١].

فائدة هذا التقسيم:

هو أنَّ المال المملوك هو الذي ترد عليه العقود الشرعية، وأنه لا يجوز تملكه بالاستيلاء.

أما المال المباح، فيجوز تملكه بالاستيلاء عليه إذا توافرت الشروط المطلوبة من الإحياء والصيد ونحوهما، كما سيأتي.

أما المال المحجور، فلا ترد عليه الملكية مطلقاً.

التقسيم السابع:

تقسيم المال إلى قابل للقسمة وغير قابل لها

فالمال القابل للقسمة، وهو المال الذي لا يتضرر صاحبه بالتجزئة، بل يمكنه الانتفاع بحصته بعد التجزئة.

وإذا تحقق ضرر بها فيسمى المال غير القابل لها.

فائدة هذا التقسيم:

تظهر فائدة هذا التقسيم في أنَّ المال القابل للقسمة تجري فيه قسمة التفريق القضائية جبراً على الشركاء إذا طلبها أحدهم.

أما المال غير القابل للقسمة فلا تجري فيه إلّا القسمة الرضائية[٢].

---

(١) الشيخ الزرقاء: المرجع السابق (٣/ ٢١٠).

(٢) مجلة الأحكام العدلية، المادة ١١٥، ١١٦.

التقسيم الثامن:

تقسيم المال إلى مال ظاهر ومال باطن

الظَّاهر لغة هو ضد الباطن، ومعناه: البارز المطَّلَع عليه[1].

ولا يختلف معناه في الفقه الإسلامي، حيث يطلق على الأموال البارزة التي ليس من شأنها الخفاء، مثل: الثروة الحيوانية، والزراعية، ونحوهما.

وعرَّف الشيخ القرضاوي الأموال الظاهرة بأنها هي التي يمكن لغير مالكها معرفتها وإحصاؤها[2].

والباطن هو ضد الظاهر، وهو المال الذي من شأنه الخفاء، مثل النقود وعروض التجارة والذهب والفضة ونحوها.

فائدة هذا التقسيم:

تظهر فائدة هذا التقسيم في عدَّة مسائل، منها:

١ ـ ولاية جمع الزكاة:

إنَّ جماهير الفقهاء[3] متفقون على أن ولاية جباية الزكاة للمال الظاهر وتفريقها: للدولة، ولا تترك للأفراد وضمائرهم وتقديرهم الشخصي، حيث تواترت الروايات أن النبي ﷺ كان يبعث عماله لتحصيل الزكاة الواجبة من المقتدرين، ثم توزيعها على مصارفها، وعلى هذا سار الخلفاء الراشدون حتى قال أبو بكر رضي الله عنه: (والله لو منعوني عقالاً كانوا يؤدونه لرسول الله لقاتلتهم عليه)[4].

---

(١) لسان العرب، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط مادة (ظهر) و(بطن).

(٢) شيخنا القرضاوي: فقه الزكاة، ط. وهبة ١٤٠٦هـ (٢/ ٧٦٥).

(٣) يراجع في هذا الموضوع: مجمع الأنهر (١/ ١٩٣) شرح الخليل (١/ ٣٨٠)، والأحكام السلطانية للماوردي ص١٣، والشيخ القرضاوي: المرجع السابق نفسه.

(٤) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٣/ ٢٦٥) و(١٣/ ٢٥٠)، والأموال لأبي عبيد، ط. قطر ص٥٩٨.

يروي أبو عبيد بسنده عن ابن سيرين قال: (كانت الصدقة ترفع، أو قال: تدفع إلى النبي ﷺ أو من أمر به، وإلى أبي بكر، أو من أمر به، وإلى عمر أو من أمر به، وإلى عثمان أو من أمر به، فلما قتل عثمان اختلفوا...)، ثم روى بسنده أن رجلاً أتى ابن عمر بصدقة ماله...، فقال له: (ادفعها إلى من بايعت...)[1].

٢ ـ وأما جباية أموال الزكاة الباطنة:

فمحلّ خلاف كبير، حيث يرى جمهور الفقهاء (الحنفية، والشافعية، والحنابلة) أنَّ أمرها إلى أصحاب الأموال، وخالفهم الآخرون على تفصيل بينهم)[2].

التقسيم التاسع:

يقسم المال إلى مال نامٍ، ومال غير نامٍ

المال النامي هو: المال الذي يكون من شأنه أن يدرّ على صاحبه ربحاً، أو غلة، أو إيراداً.

والنماء إما حقيقي وفعلي، مثل: نماء الحيوان بالتوالد والتناسل، وعروض التجارة ونحوها، أو **تقديري وحكمي**، مثل: النقود حيث هي أموال نامية وقابلة للزيادة من حيث هي، وبالتالي تجب فيها الزكاة حتى ولو لم تستثمر ما دامت في يده أو يد نائبه.

وغير النامي هو: المال الذي ليس من شأنه النمو والزيادة، وإنما للاستعمال والقنية، مثل المنازل، والسيارات الخاصة باستعمال مالكها، ومثل الأصول الثابتة في الشركات.

---

(١) الأموال لأبي عبيد ص٥٩٨ ـ ٥٩٩.

(٢) حاشية ابن عابدين (٢/٥)، وحاشية الدسوقي (١/٥٠٢ ـ ٢٠٤)، والروضة (٢/٢٠٥)، والمغني لابن قدامة ط. الرياض (٢/٦٤١)، والأموال لأبي عبيد ص٥٩٨ وما بعدها.

فائدة هذا التقسيم:

تظهر فائدة هذا التقسيم في وجوب الزكاة في المال النامي، سواء كان نموه حقيقيًّا كما هو الحال في الابل والبقر والغنم، أو كان نموه حكميًّا كما هو الحال في النقود كالدراهم والدنانير والريالات، حيث تجب فيه الزكاة إذا توافرت بقية شروطه.

وأما المال غير النامي مثل سيارة الإنسان ومنزله، ومقر شركته، فلا تجب فيه الزكاة[1].



(١) حاشية ابن عابدين (٢/ ٧)، والبحر الرائق (٢/ ٢٢٥)، والمقدمات لابن رشد مع المدونة (١/ ٢٣٣)، والشيخ القرضاوي: المرجع السابق (١/ ١٥٣).

موقف الإسلام من المال

لا يمكن لنا إدراك موقف الإسلام من المال إلّا إذا استعرضنا معاً موارد المال في القرآن الكريم والسنَّة النبوية، حيث يفهم من بعضها ذم المال، ومن بعضها الآخر أنه خير وممدوح، ولذلك نذكرها ثم نعقبها بآراء العلماء، ثم نطبق عليه المنهج الصحيح القائم على النظرة الشمولية التي تجمع النصوص كلها ثم تربط بعضها مع البعض، ثم تأخذ منها الجامع المشترك لتحمل كل آية على الحالة المرادة منها.

فقد تكرر لفظ المال ومشتقاته في القرآن الكريم كثيراً، فنرى أن القرآن الكريم وصفه في بعض الآيات بأوصاف الذم، في حين وصفه في بعضها الآخر بأوصاف المدح.

وبما أنه لا يمكن أن يكون هناك تعارض بين آيات الله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُواْ فِيهِ ٱخْتِلَـٰفًا كَثِيرًا﴾[1]؛ **إذن فالصواب** ليس في المنهج الأحادي من حيث النظرة والتفسير، وإنما في المنهج الجامع بين هذه الآيات، وحمل كل مجموعة على محملها.

والآيات التي تتحدث عن ذم المال محمولة على الأموال الباطلة المحرمة، أو التي يتعلق بها القلب فتشغله عن طاعة الله، أو تدفعه إلى معصية الله. وأما الآيات التي تثني على المال فهي محمولة على المال الصالح، والمال الذي يتحقق به تعمير الأرض وخدمة المجتمع، والجهاد في سبيل الله.

---

(١) سورة النساء: الآية ٨٢.

فلنطبق هذا المنهج على الآيات الواردة في الأموال:

أوَّلاً ـ مجال المدح:

(أ) عشرات الآيات التي تحدثت عن الجهاد بالمال والنفس، حيث قدمت معظمها الجهاد بالأموال على الأنفس:

منها على سبيل المثال قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ تِجَٰرَةٍ تُنجِيكُم مِّنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ ۝١٠ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتُجَٰهِدُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[1].

فالجهاد بالمال هو من أعظم أنواع الجهاد الذي ينقذ الأمة من ذل الكفر، والفقر والجهل والمرض.

ومنها قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَهَاجَرُواْ وَجَٰهَدُواْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ أَعْظَمُ دَرَجَةً عِندَ ٱللَّهِ ۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَآئِزُونَ﴾[2].

(ب) المال هو ثمن الجنة؛ قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ ۚ﴾[3].

(ج) المال يكون قرضاً حسناً خيراً للمرء؛ قال تعالى: ﴿مَّن ذَا ٱلَّذِى يُقْرِضُ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَٰعِفَهُۥ لَهُۥ وَلَهُۥٓ أَجْرٌ كَرِيمٌ﴾[4].

(د) المال قيام المجتمع، فإن المجتمع لا ينهض، ولا يتقدم الكون ولا يعمر إلّا من خلال المال ـ بعد الإيمان ـ ؛ قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾[5].

---

(١) سورة الصف: الآيتان ١٠، ١١.

(٢) سورة التوبة: الآية ٢٠.

(٣) سورة التوبة: الآية ١١١.

(٤) سورة الحديد: الآية ١١.

(٥) سورة النساء: الآية ٥.

(هـ) المال زينة الحياة الدنيا؛ قال تعالى: ﴿ٱلْمَالُ وَٱلْبَنُونَ زِينَةُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۖ وَٱلْبَٰقِيَٰتُ ٱلصَّٰلِحَٰتُ خَيْرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا﴾[1].

قال الماوردي: (لأن في المال جمالاً ونفعاً وفي البنين قوة ودفعاً)[2].

(و) حبّ المال من الفطرة التي فطر الناس عليها، ولذلك نزلت التشريعات السماوية لتنظيمها، فقال تعالى: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَٰتِ مِنَ ٱلنِّسَآءِ وَٱلْبَنِينَ وَٱلْقَنَٰطِيرِ ٱلْمُقَنطَرَةِ مِنَ ٱلذَّهَبِ وَٱلْفِضَّةِ وَٱلْخَيْلِ ٱلْمُسَوَّمَةِ وَٱلْأَنْعَٰمِ وَٱلْحَرْثِ ۗ ذَٰلِكَ مَتَٰعُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۖ وَٱللَّهُ عِندَهُۥ حُسْنُ ٱلْمَـَٔابِ﴾[3].

(ز) أنَّ إنفاق المال يؤدي إلى تطهير النفس والتزكية؛ قال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾[4].

وقال تعالى: ﴿ٱلَّذِى يُؤْتِى مَالَهُۥ يَتَزَكَّىٰ﴾[5].

(ح) سبب للقوامة؛ قال تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾[6]، فسَّره ابن عباس رضي الله عنهما بالمهر والنفقة[7].

فالأموال في هذه الآيات هي الأموال الحلال التي تنفق في سبيل الله، ولنهضة الأمة، وتعمير الكون، وللتواصل، وخدمة الناس.

ثانياً ـ في مجال الذمّ:

وردت آيات كثيرة تدلُّ في ظاهرها على أنَّ المال مذموم، كالآتي:

---

(١) سورة الكهف: الآية ٤٦.
(٢) تفسير الماوردي (٢/ ٤٨٤).
(٣) سورة آل عمران: الآية ١٤.
(٤) سورة التوبة: الآية ١٠٣.
(٥) سورة الليل: الآية ١٨.
(٦) سورة النساء: الآية ٣٤.
(٧) تفسير ابن الجوزي (٢/ ٧٤).

(أ) المال عذاب لصاحبه؛ قال تعالى: ﴿فَلَا تُعْجِبْكَ أَمْوَٰلُهُمْ وَلَآ أَوْلَٰدُهُمْۚ إِنَّمَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيُعَذِّبَهُم بِهَا فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا وَتَزْهَقَ أَنفُسُهُمْ وَهُمْ كَٰفِرُونَ﴾(١)، حيث يدل على أن المال عذاب لصاحبه، ولكن المقصود به المال الذي يكون للكافر أو المنافق.

(ب) المال فتنة؛ قال تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَآ أَمْوَٰلُكُمْ وَأَوْلَٰدُكُمْ فِتْنَةٌ﴾(٢).

قال الرازي: (لأنها تشغل القلب بالدنيا وتصير حجاباً عن خدمة المولى)(٣).

(ج) أنَّ المال لا يفيد صاحبه عند الله تعالى؛ قال تعالى: ﴿لَن تُغْنِىَ عَنْهُمْ أَمْوَٰلُهُمْ وَلَآ أَوْلَٰدُهُم مِّنَ ٱللَّهِ شَيْـًٔا﴾(٤).

وقال تعالى: ﴿مَآ أَغْنَىٰ عَنِّى مَالِيَهْ ۜ﴾(٥).

فالمقصود به أموال الكفرة.

أما أموال المسلمين التي أنفقت في سبيل الله فهي تنفع أصحابها، وهذا ما عبر عنه القرآن الكريم، فقال تعالى: ﴿يَوْمَ لَا يَنفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ ﴿٨٨﴾ إِلَّا مَنْ أَتَى ٱللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ﴾(٦)، حيث يدل بوضوح على أن المال لا ينفع صاحبه إلّا مع الإخلاص والنية وسلامة القلب.

(د) المال سبب للخسران؛ قال تعالى: ﴿رَّبِّ إِنَّهُمْ عَصَوْنِى وَٱتَّبَعُوا۟ مَن لَّمْ يَزِدْهُ مَالُهُۥ وَوَلَدُهُۥٓ إِلَّا خَسَارًا﴾(٧)، حيث يدل على أن المال سبب للخسران، ولكن الآية واضحة في أن ذلك خاص بالعاصي الكافر.

---

(١) سورة التوبة: الآية ٥٥.

(٢) سورة الأنفال: الآية ٢٨.

(٣) تفسير الرازي (٤/ ٣٦٥).

(٤) سورة آل عمران: الآية ١٠.

(٥) سورة الحاقة: الآية ٢٨.

(٦) سورة الشعراء: الآيتان ٨٨، ٨٩.

(٧) سورة نوح: الآية ٢١.

(هـ) إنَّ المال يؤدي إلى الطغيان والضلال والترف؛ قال تعالى: ﴿كَلَّآ إِنَّ ٱلۡإِنسَٰنَ لَيَطۡغَىٰٓ ۝٦ أَن رَّءَاهُ ٱسۡتَغۡنَىٰٓ﴾[1]، فهذا واضح أيضاً في أن المقصود هو الإنسان الكافر الطاغي.

وقال تعالى: ﴿إِنَّكَ ءَاتَيۡتَ فِرۡعَوۡنَ وَمَلَأَهُۥ زِينَةً وَأَمۡوَٰلًا فِي ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَا رَبَّنَا لِيُضِلُّواْ عَن سَبِيلِكَۖ رَبَّنَا ٱطۡمِسۡ عَلَىٰٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ وَٱشۡدُدۡ عَلَىٰ قُلُوبِهِمۡ فَلَا يُؤۡمِنُواْ حَتَّىٰ يَرَوُاْ ٱلۡعَذَابَ ٱلۡأَلِيمَ﴾[2] في حق فرعون.

وقال تعالى: ﴿وَمَآ أَرۡسَلۡنَا فِي قَرۡيَةٖ مِّن نَّذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتۡرَفُوهَآ إِنَّا بِمَآ أُرۡسِلۡتُم بِهِۦ كَٰفِرُونَ﴾[3].

(و) صرفه في الصدّ عن سبيل الله؛ قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ يُنفِقُونَ أَمۡوَٰلَهُمۡ لِيَصُدُّواْ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ﴾[4]، فالآية واضحة في أنَّ المال سلاح ذو حدَّين، فإذا كان بأيدي الأعداء فينفقونه في الصدّ عن سبيل الله.

أما في السُّنَّة المشرّفة:

فنجد كذلك مثل هذين النوعين من المدح والذم في كثير من الأحاديث النبوية الشريفة.

(ز) منها في الذم[5] على سبيل المثال قول النبي ﷺ: «**إنَّ لكلِّ أُمَّة فتنة، وفتنة أُمَّتي المال**»[6].

---

(١) سورة العلق: الآيتان ٦، ٧.

(٢) سورة يونس: الآية ٨٨.

(٣) سورة سبأ: الآية ٣٤.

(٤) سورة الأنفال: الآية ٣٦.

(٥) يراجع: رياض الصالحين بتحقيق شعيب الأرناؤط ص١٧١ ـ ١٩٤.

(٦) رواه الترمذي، وقال حسن صحيح الحديث ٢٣٣٧، ورواه أحمد (٤/ ١٦٠)، وابن حبان الحديث ٢٤٧٠، والحاكم في المستدرك (٤/ ٣١٨)، وصححه ووافقه الذهبي.

(ح) ومنها في المدح على سبيل المثال قول النبي ﷺ: «**لا حسد إلّا في اثنتين: رجل آتاه الله مالاً فسلَّطه على هلكته في الحقّ، ورجل آتاه الله حكمة فهو يقضي بها ويعلمها**»[1]، وقوله ﷺ: «**اتَّقوا النَّار ولو بشقِّ تمرة**»[2]، حيث يدل على أن نار جهنم يمكن أن يحفظ المسلم نفسه منها بسبب المال، بل جعله الإسلام سبباً لخير الإسلام، فحينما سئل النبي ﷺ عن خير الإسلام؟ قال: «**تطعم الطعام وتُقرىء السَّلام. . .**»[3].

فهذه الأحاديث لو عمَّقنا النظر فيها لوجدنا أن ذم المال ينصرف نحو المال الحرام، أو المكنوز، أو المال الذي يكون فتنة لصاحبه. أما المال الحلال الذي يصرف في سبيل الله وفي وجوه الخير فإنه وقاية من النار، وخير وبركة، ووسيلة لدخول الجنة، بل قال النبي ﷺ في الحديث الصحيح: «**ذهب أهل الدثور بالأجور. . .**»[4]، ولذلك ورد في الحديث الثابت: «**نعم المال الصالح للرجل الصالح**»[5].

الفقر والجوع والزهادة في الدنيا والغنى وحبّ الدنيا:

وهكذا الأمر في مسألة الفقر والجوع والزهد عن الدنيا، والغنى وحبّ الدنيا، حيث وردت مجموعة من الأحاديث في الأمرين، والمقصود بهما في النهاية هو أن السعي لتحصيل المال والغنى خيرٌ مطلوبٌ في سبيل الله، ودعم الجهاد، ما دام صاحبه يُخرج عنه حق الله تعالى وحق عباده، وأنه يصرفه في وجوهه، وأنه لا يبغي به، بل يكون شاكراً عابداً لله تعالى؛ قال النبي ﷺ:

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ (١/ ١٥٢)، ومسلم الحديث ٨١٦.

(٢) رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ (٣/ ٢٢٥)، ومسلم الحديث ١٠٦٦.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ (١/ ٥٢ ـ ٥٣)، ومسلم الحديث ٣٩.

(٤) رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ (٢/ ٢٧٠، ٢٧٢، ١١/ ١١٣)، ومسلم الحديث ٥٩٥.

(٥) رواه أحمد بسند صحيح في مسنده (٤/ ١٩٧، ٢٢٠).

«**إنَّ الله يحب الغني التقي الخفي**»[1].

ولكن الغنى يصبح شراً وفتنة إذا طغى به صاحبه واستغنى وتكبر وتجبر، وصرف غناه في سبيل الشر والطغيان، أو لم يؤد حقوق الله تعالى والعباد، ولم يصرف في وجوهه التي أمر الله تعالى بها.

بل إن الإسلام جاء بمصطلح جميل وهو أن الزهادة في الدنيا ليست بترك الدنيا، وإنما بعدم انشغال القلب بها، وجعلها أكبر الهموم، فقال النبي ﷺ: «**الزهادة في الدنيا ليست بتحريم الحلال ولا إضاعة المال، ولكن الزهادة في الدنيا أن لا تكون بما في يديك أوثق مما في يد الله، وأن تكون في ثواب المصيبة إذا أنت أصبت بها أرغب فيها لو أنها أبقيت لك**»[2].

فهذا الحديث أعاد الزهد إلى الجانب القلبي الذي يجب أن يكون مشغولاً بذكر الله تعالى؛ وأن يكون واثقاً بما عند الله أكثر مما هو واثق مما في يديه، وأن يكون تحقيق الثواب في المصيبة هو الهمّ الأكبر.

وقد أوردت كتب الحديث عدداً من هذه الأبواب، إذا نظرت إليها نظرة شمولية، وجمعت بعضها إلى البعض يظهر لك ما ذكرناه.

فمثلاً ذكر الإمام النووي: باب فضل الزهد في الدنيا، والحثّ على التقلل منها، وفضل الفقر، ثم أورد عدداً من الآيات، منها قوله تعالى: ﴿ٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا ٱلْحَيَوٰةُ ٱلدُّنْيَا لَعِبٌ وَلَهْوٌ وَزِينَةٌ وَتَفَاخُرٌۢ بَيْنَكُمْ وَتَكَاثُرٌ فِى ٱلْأَمْوَٰلِ وَٱلْأَوْلَٰدِ كَمَثَلِ غَيْثٍ أَعْجَبَ ٱلْكُفَّارَ نَبَاتُهُۥ ثُمَّ يَهِيجُ فَتَرَىٰهُ مُصْفَرًّا ثُمَّ يَكُونُ حُطَٰمًا وَفِى ٱلْءَاخِرَةِ عَذَابٌ شَدِيدٌ وَمَغْفِرَةٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرِضْوَٰنٌ وَمَا ٱلْحَيَوٰةُ ٱلدُّنْيَآ إِلَّا مَتَٰعُ ٱلْغُرُورِ﴾[3].

---

(١) رواه البزار في مسنده (٤/ ٢٧). قال الحافظ في الفتح (١١/ ٢٧٦): (ومن الشق الثاني حديث سعد بن أبي وقاص، رفعه: «إن الله يحب الغني التقي الخفي» أخرجه مسلم).

(٢) رواه الترمذي ـ مع تحفة الأحوذي ـ (٧/ ٣ ـ ٤)، ورواه ابن ماجه (٢/ ١٣٧٣)، قال هشام: قال أبو إدريس الخولاني: مثل هذا الحديث في الأحاديث كمثل الإبريز في الذهب..

(٣) سورة الحديد: الآية ٢٠.

والتحقيق أن هذه الآية تصور الحياة الدنيا حينما تكون منفردة عن بحث الحياة الآخرة، حيث تكون حينئذٍ متاع الغرور، ولكن يمكن تحويلها إلى مزرعة للآخرة، ووسيلة لتعميرها، وشراء الجنة بالإيمان والجهاد والعمل الصالح، وبالتالي تحقيق السعادة للدنيا والآخرة.

ثم ذكر أحاديث كثيرة، حتى قال الإمام النووي: (وأما الأحاديث فأكثر من أن تُحصر، فننبه بطرف منها على ما سواه)[1].

ونحن أيضاً نذكر بعض ما ذكره، مثل قول النبي ﷺ: «**أبشروا، وأمّلوا ما يسرّكم، فوالله ما الفقر أخشى عليكم، ولكني أخشى عليكم أن تُبسَط الدنيا عليكم كما بُسِطت على من كان قبلكم، فتنافسوها كما تنافسوا، فتهلككم كما أهلكتهم**»[2].

والحديث ليس في ذم الغنى من حيث هو، وإنما في ذم الغنى الذي يصل إلى التنافس، وبالتالي الهلاك.

ثم ذكر النووي باب فضل الجوع وخشونة العيش، والاقتصاد على القليل من المأكول والمشروب والملبوس وغيرها من حظوظ النفوس وترك الشهوات، فأورد فيه عدداً من الآيات والأحاديث كلها تدل على تربية المؤمن على القناعة والرضا والصبر بالقدر والقضاء، وحينئذ يكون الأجر والثواب، بل إن كلها في ذم تعلق القلب بالدنيا وشهواتها وإرادة الحياة الدنيا وتفضيلها على الآخرة، فقال تعالى في قارون: ﴿فَخَرَجَ عَلَىٰ قَوْمِهِۦ فِى زِينَتِهِۦ ۖ قَالَ ٱلَّذِينَ يُرِيدُونَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا يَٰلَيْتَ لَنَا مِثْلَ مَآ أُوتِىَ قَٰرُونُ إِنَّهُۥ لَذُو حَظٍّ عَظِيمٍ ﴿٧٩﴾ وَقَالَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْعِلْمَ وَيْلَكُمْ ثَوَابُ ٱللَّهِ خَيْرٌ لِّمَنْ ءَامَنَ وَعَمِلَ صَٰلِحًا وَلَا يُلَقَّىٰهَآ إِلَّا ٱلصَّٰبِرُونَ﴾[3].

---

(١) رياض الصالحين ص١٧٢.
(٢) متفق عليه، البخاري ـ مع الفتح ـ (١١/٢٠٨)، ومسلم الحديث ٢٩٦١.
(٣) سورة القصص: الآيتان ٧٩، ٨٠.

فالمؤمن يتعلق بالآخرة وثوابها، ويسعى لها في الدنيا من خلال تعميرها وإنفاق الأموال، فقال تعالى: ﴿وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ ٱلدُّنْيَا ۖ وَأَحْسِن كَمَآ أَحْسَنَ ٱللَّهُ إِلَيْكَ ۖ وَلَا تَبْغِ ٱلْفَسَادَ فِى ٱلْأَرْضِ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُفْسِدِينَ﴾(1).

بل إن القرآن الكريم يرشدنا بقوة ويربينا بكل الوسائل لتحقيق هذا الدُّعاء وهو: ﴿رَبَّنَآ ءَاتِنَا فِى ٱلدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِى ٱلْـَٔاخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ ٱلنَّارِ﴾(2)، وعلَّق الله تعالى على هؤلاء الذين يدعون بهذا الدعاء بقوله: ﴿أُو۟لَـٰٓئِكَ لَهُمْ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبُوا۟ ۚ وَٱللَّهُ سَرِيعُ ٱلْحِسَابِ﴾(3).

وبين بأن الذمّ لهؤلاء الذين يحصرون دعاءهم على حسنة الدنيا حيث قال تعالى: ﴿فَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَقُولُ رَبَّنَآ ءَاتِنَا فِى ٱلدُّنْيَا وَمَا لَهُۥ فِى ٱلْـَٔاخِرَةِ مِنْ خَلَـٰقٍ﴾(4).

ثم أورد النووي: باب القناعة والعفاف والاقتصاد في المعيشة والإنفاق وذم السؤال من غير ضرورة، فأورد فيه آيات وأحاديث كثيرة، ثم أورد باب الحث على الأكل من عمل يديه... وباب الكرم والجود والإنفاق في وجوه الخير ثقة بالله تعالى، فأورد فيه آيات وأحاديث كثيرة تدل بوضوح على فضل المال الذي ينفق في سبيل الله، ويكفي أنَّ الإنفاق في سبيل الله (أي: وجوه الخير كلها) يذكر قبل الجهاد في النفس، وأنه يؤدي إلى حشر صاحبه في ظل عرش الله أو رعايته وعنايته يوم لا ظل إلّا ظله، وأنه خير الإسلام، وأنه سبب لدخول الجنة ووقاية من النار... إلخ(5).

---

(1) سورة القصص: الآية ٧٧.
(2) سورة البقرة: الآية ٢٠١.
(3) سورة البقرة: الآية ٢٠٢.
(4) سورة البقرة: الآية ٢٠٠.
(5) يراجع: رياض الصالحين ص١٦٩.

بل أورد النووي: باب فضل الغني الشاكر، فأورد فيه عدداً من الآيات، منها قوله تعالى: ﴿فَأَمَّا مَنْ أَعْطَىٰ وَاتَّقَىٰ ۝ وَصَدَّقَ بِالْحُسْنَىٰ ۝ فَسَنُيَسِّرُهُ لِلْيُسْرَىٰ﴾[1]، ثم قال النووي: والآيات في فضل الإنفاق في الطاعات كثيرة معلومة.

بل إن الأحاديث النبوية الشريفة تدل على أن الغني الشاكر أفضل عند الله تعالى من الفقير الصابر، وذلك لأن خير الغني الشاكر لنفع الناس، وخير الناس أنفعهم للناس.

فقد روى البخاري ومسلم بسندهما عن أبي هريرة رضي الله عنه أنَّ فقراء المهاجرين أتوا رسول الله ﷺ فقالوا: ذهب أهل الدثور بالدرجات العلى والنعيم المقيم، فقال: «**وما ذاك؟**»، فقالوا: يصلون كما نصلِّي، ويصومون كما نصوم، ويتصدَّقون ولا نتصدق، ويعتقون ولا نعتق.

فقال رسول الله ﷺ: «**أفلا أُعَلِّمكم شيئاً تدركون به مَن سبقكم، وتسبقون به من بعدكم، ولا يكون أحد أفضل منكم إلَّا من صنع مثل ما صنعتم؟**»، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: «**تسبِّحون، وتكبِّرون، وتحمدون، دبر كل صلاة ثلاثاً وثلاثين مرة**»، فرجع فقراء المهاجرين إلى رسول الله ﷺ فقالوا: سمع إخواننا أهل الأموال بما فعلنا، ففعلوا مثله؟ فقال رسول الله ﷺ: «**ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء**»، مُتَّفق عليه[2].

والخلاصة:

أن المال من حيث هو: نعمة وخير، ولكنه يختلف باستعماله، وأنه سلاح ذو حدين، فإذا استعمل في الخير كان خيراً، وإذا استعمل في الشرّ فهو شر وفتنة.

---

(١) سورة الليل: الآيات ٥ ـ ٧.

(٢) البخاري (٢/ ٢٧٠، ٢٧٢، و ١١/ ١١٣)، ومسلم الحديث ٥٩٥.

ولذلك عقد العالم الرباني الزاهد المعروف بابن أبي الدنيا (ت٢٨١هـ) باباً لفضل المال[١]، وبدأ برواية حديث: «**نعم المال الصالح للمرء الصالح**»[٢].

ثم أورد عدة أحاديث في فضل المال، وما روي عن بعض الصحابة والتابعين فيه، منها قول النبي ﷺ: «**الحسب المال، والكرم التقوى**»[٣].

وعن عمر قوله: «**وإن يكن لك مال لك شرف...**»[٤].

وقوله في خطبته: «**... أصلحوا هذا المال فإنه خضرة حلوة، وإن هذا المال يوشك أن يصير إلى الأمير الفاجر، أو التاجر النجيب**»[٥].

وعن الصحابي قيس بن عاصم المنقري: (... وعليكم بالمال فاستصلحوه، فإنه منهبة للكريم، ويُستغنى به عن اللئيم)[٦].

وعن سعد بن عبادة دعاءه: (اللَّهُمَّ ارزقني مالاً أستعين به على فعال، فإنه لا فعال إلّا بالمال)[٧].

---

(١) كتاب إصلاح المال بتحقيق مصطفى مفلح القضاة ط. دار الوفاء بالمنصورة ١٤١٠هـ ص١٦٤ ـ ١٩٨.

(٢) رواه البخاري في الأدب المفرد عن طريق ابن أبي الدنيا ص١٣٢، وأحمد في مسنده (٤/ ١٩٧، ٢٠٢)، والهيثمي في موارد الظمآن ص٢٦٨.

(٣) رواه ابن أبي الدنيا بسنده في كتابه المشار إليه ص١٦٦، ورواه النسائي في سننه، كتاب النكاح (٦/ ٦٤)، والترمذي في سننه كتاب التفسير (٥/ ٣٩٠)، وابن ماجه: الزهد (٢/ ١٤١٠)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٢٢٥) وصححه.

(٤) إصلاح المال ص١٦٧، ويراجع العقد الفريد (٢/ ٣٣٦) بلفظ: (حسب الرجل ماله، وكرمه دينه، ومروءته خلقه).

(٥) إصلاح المال ص١٦٧.

(٦) إصلاح المال ص١٦٩، وبهجة المجالس لابن عبد البر (١/ ١٧٢، ١٩٥)، وتهذيب المال للمزني (٢/ ١١٣٦).

(٧) إصلاح المال ص١٧٠، وتهذيب التهذيب (٣/ ٤٧٥) بهذا اللفظ أورداه مرفوعاً، ثم روى ابن أبي الدنيا ص١٧٠ موقوفاً عليه بلفظ: (اللَّهُمَّ هب لي جهداً، =

وعن سعيد بن المسيب قوله: (لا خير فيمن لا يريد جمع المال من حله، يكف بها وجهه عن الناس، ويصل به رحمه، ويعطي منه حقه).

وقوله: (ينبغي للعاقل أن يحب حفظ المال في غير إمساك، فإنه من المروءة؛ يكف به وجهه، ويكرم نفسه، ويصل منه رحمه)[1].

وعن محمد بن المنكدر قوله: (نِعْمَ العون على الدّين الغنى)[2].

وعن فضيل بن عياض عن سفيان الثوري قال: (كان من دعائهم: اللَّهُمَّ زهّدنا في الدنيا ووسع علينا منها، ولا تُزْوِرها عنا فترغبنا فيها)[3].

وعن داود عليه السلام قوله: (نعم العون اليسار ـ أو الغنى ـ على الدين)[4].

وعن سفيان قوله: (المال في هذا الزمان سلاح للمؤمن)[5].

وعن الحسن قوله: (ليس من حبك للدنيا طلبك ما يصلحك فيها)[6]، وعن أبي صالح الأسدي: (وجدت خير الدنيا والآخرة في التقى والغنى، وشرار الدنيا والآخرة في الفقر والفجور)[7].

ومثل هذا القول مروي عن الصحابي الجليل الزبير حينما قال ابنه عبد الله: (ما هذا إلّا تكاثر الناس وفخرهم) فقال الزبير: (إنه والله ما بالدنيا بأس، ما تدرك الآخرة إلّا بالدنيا، فيها يوصل الرحم، ويفعل المعروف،

= وهب لي مجداً، لا مجد إلّا بفعال، ولا فعال إلّا بمال)، وأورده ابن عبد البر في العقد الفريد (٢/ ٣٣٦).

(١) إصلاح المال ص١٧١، وحلية الأولياء (٢/ ١٧٣)، وسير أعلام النبلاء (٤/ ٢٣٨).
(٢) إصلاح المال ص١٧٢.
(٣) المصدر السابق ص١٧٣.
(٤) المصدر السابق ص١٧٧.
(٥) المصدر السابق ص١٨١، والعقد الفريد (٢/ ٣٣٧).
(٦) المصدر السابق ص١٨١.
(٧) المصدر السابق ص١٨٠.

وفيها يتقرب إلى الله بالأعمال الصالحة، فإياك أن تذهب أنت وأصحابك فتقعوا في معصية الله، ثم تقولون: قبَّح الله الدنيا، ولا ذنب للدنيا).

ثم أورد ابن أبي الدنيا تأييداً لهذا القول حديث رسول الله ﷺ: **«نعم المطية الدنيا، فارتحلوا تبلغكم الآخرة»**، وقول النبي ﷺ: **«نعم الدار الدنيا، فيها يصلُّون وفيها يصومون»**[1].

ثم أورد ابن أبي الدنيا باباً واسعاً لإصلاح المال ذكر فيه أهمية الاستثمار وعدم إضاعة المال، والاستفادة من كل جزء من جزئياته لصالح الدنيا والدين، حيث روى الأثر القائل: الإفلاس سوء التدبير، والكمال تقدير المعاش، والحفظ للمال من غير إسراف ولا تقتير، واستصلاحه بالتجارة والصناعة والعمل، ومنعه من الإضاعة[2]، كما نقل القول بأن أَكْيَس الناس هو من يصلح ماله، ويقتصد في معيشته[3].

وذكر في باب الاحتراف قول النبي ﷺ: **«طلب الحلال جهاد، وإن الله عزّ وجل يحب العبد المحترف»**[4].

كما روى بسنده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال في قوله تعالى: ﴿رِجَالٌ لَّا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ﴾[5]: **«هم الذين يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله»**[6].

---

(١) إصلاح المال ص١٩١ ـ ١٩٤، ومجمع الزوائد (٩/ ١٨٩).

(٢) إصلاح المال ص١٩٩ ـ ٢٢٠.

(٣) المصدر السابق ص١٢٥.

(٤) إصلاح المال ص٢٣٩، قال العجلوني في الكشف (٢/ ١٦٢)، ورواه الطبراني في الكبير، والبيهقي في السنن، وأورده الزبيدي في الإتحاف (١/ ١٣١)، والمتقي الهندي في كنز العمال رقم ٩٢٠٥.

(٥) سورة النور: الآية ٣٧.

(٦) إصلاح المال ص٢٤٠.

وروى كذلك بسنده عن نعيم بن عبد الرحمن قال: قال رسول الله ﷺ: **«تسعة أعشار الرزق في التجارة»**[1].

وروى كذلك عن سعيد بن المسيب: (من لزم المسجد وترك الحرفة، وقَبِلَ ما يأتيه، فقد ألحف في السؤال)[2].

المبادىء العامة المستنبطة مما سبق:

بعد هذا العرض الموجز للآيات الكريمة والأحاديث المطهرة نستطيع القول بأن الإسلام قد وضع المال في مكانه الصحيح دون إفراط ولا تفريط، ودون تعارض ولا تضاد واختلاف، وأن المبادىء العامة الإسلامية بشأن المال هي ما يأتي:

١ ـ المال والغنى، ورغد العيش نعمة من نعم الله، وجزاء، ومثوبة عاجلة من الله تعالى للمؤمنين المتقين، بل إنه قد ربط بين هذه النعم، وبين التقوى فقال تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ ٱلْقُرَىٰٓ ءَامَنُوا۟ وَٱتَّقَوْا۟ لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَٰتٍ مِّنَ ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ﴾[3]، ويقول تعالى: ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا ۝٢ وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ﴾[4]، ويتوقف على وجوده كثير من المصالح العامة والخاصة، من تعمير الأرض، والجهاد في سبيل الله، وتحقيق مهمة الاستخلاف، وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ونحوها، فالقوة المالية تحتل المراتب الأولى لتحقيق الحضارة والتقدم والرفاه، والدفاع عن النفس.

ولذلك امتنَّ الله تعالى على رسوله الخاتم، فقال تعالى: ﴿وَوَجَدَكَ عَآئِلًا

---

(١) المصدر السابق ص٢٤٤، وأورده ابن حجر في المطالب العالية الحديث ١٣٦٨، والمتقي الهندي في الكنز الحديث ٩٣٤٢، والزبيدي في الإتحاف (٥/٤١٦).

(٢) إصلاح المال ص٢٥٣.

(٣) سورة الأعراف: الآية ٩٦، ويراجع: د. القرضاوي: المرجع السابق ص٩٢.

(٤) سورة الطلاق: الآيتان ٢، ٣.

فَأَغْنَىٰ﴾[1]، وفضَّل النبي ﷺ الغنى لورثة سعد بن أبي وقاص على الفقر، فقال له حينما عرض عليه أن يتصدَّق بكل ماله، ثم شطر ماله: «**الثلث، والثلث كثير**»، فلم يقبل ﷺ إلَّا بالثلث، وعقب على ذلك فقال: «**إنك إن تذر ورثتك الناس**» أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس»[2].

٢ ـ المال قيام للمجتمع، فلا ينهض (بعد الإيمان) إلّا به.

٣ ـ إنَّ حِفْظَ المال من مقاصد الشريعة الكلية، ولذلك حرَّم الله تعالى الإضرار بالمال بدون حق، وأكله وإضاعته، وأكل أموال الناس بالباطل، وبالمقابل أوجب الله تعالى حمايته وحفظه وتنميته وتداوله بين الناس ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ﴾[3]، وشرع لحفظه مجموعة من العقود من الرهن والكفالة، بل إن الله تعالى شرع لحفظ المال حدّ السرقة وهو قطع اليد لمن اعتدى على المال إذا توافرت شروطه واندرأت الشبهات، وكذلك شرع حدّ الحرابة والفساد في الأرض إذا اعتدى على المال عن طريق القوة والإفساد.

٤ ـ المال في الإسلام وسيلة وليس غاية، ولذلك فرض الله عليه مجموعة من القيود والواجبات والحقوق لتحقيق التوازن والوسطية فيما يخص جميع مراحل النشاط الاقتصادي ـ كما سيأتي ـ.

٥ ـ المال المذموم هو المال الحرام، أو الذي لم تعط منه حقوق الله وحقوق العباد، أو استغل للاستكبار، والإضرار بالآخرين.

٦ ـ إن الزهد الحقيقي في الإسلام لا يعني ترك الدنيا، وإنما يعني عدم تعلق القلوب بها على حساب الآخرة، فجمع المال والثروة بطريق الحلال مع أداء الحقوق مطلوب في الإسلام، كما دلت عليه الآيات والأحاديث.

---

(١) سورة الضحى: الآية ٨.

(٢) رواه البخاري مع الفتح (٣/ ١٦٤)، ومسلم (٢٦٣٥).

(٣) سورة الحشر: الآية ٧.

٧ ـ إنَّ المناهج التي قامت على الإفراط، أو التفريط بشأن المال، وما ترتب عليها من الانعزال، وعدم السعي للمشي في مناكب الأرض كما أمر الله تعالى به للرزق واستكشاف ما في الأرض من سنن وخيرات هي التي شاركت في تخلف الأمة مع الأسباب الأخرى، فالأمة الإسلامية لا تكون لها القوة إلّا إذا سعت أفرادها للدنيا كأنها تعيش أبداً، وسعت للآخرة كأنها تموت غداً.

٨ ـ الفقر من حيث هو نقمة وبلاء، ولذلك كان الرسول ﷺ يستعيذ من الفقر مع الكفر، فكان من دعائه: «اللهمَّ إني أعوذ بك من الفقر والكفر»[١]، ولذلك جعل الله الفقر أثراً من آثار عدم اتباع منهج الإسلام، فقال تعالى: ﴿فَإِمَّا يَأْتِيَنَّكُم مِّنِّى هُدًى فَمَنِ ٱتَّبَعَ هُدَاىَ فَلَا يَضِلُّ وَلَا يَشْقَىٰ ﴿١٢٣﴾ وَمَنْ أَعْرَضَ عَن ذِكْرِى فَإِنَّ لَهُۥ مَعِيشَةً ضَنكًا﴾[٢].

٩ ـ الإسلام يعالج آثار الفقر من خلال الإيمان بالقضاء والقدر، والتربية بالصبر والقناعة والرضا، ولكنه لا يرحب بالفقر بل يعتبره مشكلة، يدعو إلى حلها والقضاء عليها بجميع الوسائل المتاحة، كما يعتبره قرين الكفر، فقد كان الرسول ﷺ يستعيذ منه مع الكفر ويقول: «**اللَّهُمَّ إني أعوذ بك من الكفر والفقر**»[٣]، ويقول: «**. . . وكاد الفقر أن يكون كفراً**»[٤]، ويقول في حديث صحيح: «**اللَّهُمَّ إنِّي أعوذُ بك من شر فتنة الغنى، وأعوذ بك**

---

(١) الحديث صحيح كما قال الألباني في صحيح الجامع الصغير، الحديث (١٢٨٥)، فقال: رواه الحاكم والبيهقي بسندهما عن أنس.
(٢) سورة طه: الآيتان ١٢٢، ١٢٣.
(٣) رواه أبو داود في سننه، كتاب الأدب، ـ مع عون المعبود ـ (١٣/ ٣٠٠)، وأحمد (٥/٣٦، ٣٩، ٤٢، ٤٤).
(٤) رواه ابن أبي الدنيا في إصلاح المال ص٣٥٠، ورواه أبو نعيم في الحلية (٣/ ١٠٩)، والعجلوني في الكشف (٢/ ١٥٨ ـ ١٥٩)، والزبيدي في الإتحاف (٨/ ٥٢).

من شر فتنة الفقر»[1]، حيث يدل على أن الفقر له فتنة كما للغنى فتنة.

وقد وضع الإسلام مبادىء عامَّة وحلًّا دقيقاً لعلاج الفقر من خلال ما يأتي ـ بإيجاز شديد ـ :

١ ـ دعوة الإسلام إلى اقتناء المال، وتعمير الأرض، لأكل رزقها.

٢ ـ دعوته إلى العمل بمعناه الشامل لكل جهد فكري وذهني وعقلي وبدني ونبذ البطالة والكسل، بل دعوته لكل قوة إلى الإتقان والإبداع، والتقدم، والتنويع.

٣ ـ تحريم الاحتكار والاكتناز والإسراف والتبذير.

٤ ـ حثه على التثمير والاستثمار والادخار، وعدم ترك الذرية عالة يتكفَّفون الناس.

٥ ـ إيجابه الزكاة والنفقات والصدقات وغيرها للوصول إلى حدّ الكفاف لكل فرد، وتحقيق الضمان الاجتماعي لكل من يعيش على أرضه[2].

❏❏❏

(١) رواه البخاري في صحيحه مطولاً ـ مع الفتح ـ كتاب الدعوات (١١/ ١٧٦، ١٨١، ١٨٢)، ومسلم (٤/ ٢٠٧٨) كتاب الذكر، والنسائي (٨/ ٢٦٢)، وأحمد (٦٢/ ٥٧).

(٢) يراجع: مقدمة كتاب الإصلاح لابن أبي الدنيا ص٩٤.

النظام المالي في الإسلام

النظام المالي في الإسلام يقوم على أربعة أمور أساسيّة، نذكرها مع أسسه العامَّة بإيجاز، وهي:

أوَّلاً ـ الإنفاق العام للدولة الإسلاميّة وأسسه:

يقصد بالإنفاق العام في نظري، ما تصرفه الدولة من الأموال في المصالح العامَّة[1]، والمصالح العامَّة تشمل: النفقات الجهادية (العسكرية)، والاقتصادية (المشاريع الصناعية والإنتاجية)، والادارية، والاجتماعية، والثقافية، ونحوها.

ولم يكن في عصر الرسول ﷺ مجالات متعددة للإنفاق العام، حيث لم تكن هناك وزارات، ولا موظفون يحصلون على مرتبات ثابتة، وإنما كانت الدولة حينئذ تهتم بمصروفات الجهاد والدفاع، وبرعاية أفراد المجتمع والنهوض بهم، كما أن الزكاة والصدقات تؤول إلى بيت المال، ثم يقوم بيت المال بصرفها على مستحقيها، وكذلك كان للفيء والغنائم مستحقوها الذين حددهم القرآن الكريم.

ولم يتغير الحال في عصر الخليفة أبي بكر رضي الله عنه كثيراً، وإنما حدثت تغييرات جذرية في عصرالخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما

(١) يراجع لمزيد من التفصيل: د. حمدي عبد العظيم: السياسة المالية ص٣٧٦، و د. وليد خالد الشايجي: الضوابط الشرعية للإنفاق العام ط. المنار الإسلامية: كويت ١٤١٩هـ ص٢٤، و د. نزيه حماد: معجم المصطلحات الاقتصادية، الرياض ١٤١٥هـ ص٣٣٩.

اتسعت مساحة الدولة، وزادت واجبات الدولة من وجود دواوين لها، وعطاءات منتظمة، وأصبح للدولة موظفون وعمال وجنود دائمون جاهزون للفتوحات الإسلامية، وبالمقابل أصبحت لها موارد أخرى غير الزكاة من الخراج والجزية.

كما أن السياسة المالية لعمر تسير على عدة أسس منها:

١ ـ توزيع العطاء على أساس القدم في الإسلام، والكفاية والجهد والعدل والحاجة.

٢ ـ عدم توزيع الأراضي المفتوحة على المجاهدين، بل تركها ليؤخذ منها الخراج لهم فيما بعد، ولجميع الأجيال اللاحقة، والدولة التي ترعاهم.

٣ ـ توفير الضمان الاجتماعي للمسلمين وغيرهم من أهل الذمة على أساس:

(أ) شمول العطاء لكل مولود من يوم ولادته، حيث كان يحسب له حصة من المواد التموينية.

(ب) تخصيص الأموال الكافية للمواطنين جميعاً من المسلمين وغيرهم من اليهود والنصارى وغيرهم، وتوفير الحياة الكريمة بعيداً عن الفقر ومذلة السؤال.

٤ـ القضاء على الفقر، وعدم السماح بوجود الفجوة الكبيرة بين طبقات المجتمع، حيث قال مقولته المشهورة: **(والله لئن بقيت إلى الحول لألحقنّ أدنى الناس بأعلاهم)**، وقد طبق هذه السياسة أيضاً الخليفة الخامس عمر بن عبد العزيز رحمه الله.

أُسس الإنفاق العام:

ونستطيع القول بأن القواعد والأسس العامة للإنفاق العام والتوزيع العادل في الإسلام هي ما يأتي:

أوَّلاً: القواعد الأربع السابقة التي اعتمدها الخليفة الراشد عمر

رضي الله عنه.

ثانياً: يضاف إليها بعض القواعد التي تعتبر تفصيلاً لما ذكر، أو إضافات مؤصلة نحتاج إلى ذكرها هنا وهي:

١ ـ الترشيد في الإنفاق (أي: دون إسراف ولا تبذير) أي: الاعتدال، وبعبارة أخرى أن يوضع كل فلس في موضعه.

٢ ـ رعاية الأولويات الإسلامية داخليًّا وخارجيًّا، عسكريًّا ومدنيًّا، ومراعاة فقه الموازنات بكل دقة ووضوح في أوجه الصرف والإنفاق مع رعاية أولوية كل ما يحقق التوازن الاجتماعي، وكل ما يزيد في الإنتاج والإنشاء والتعمير والتعليم والصحة والأمن والدفاع، ويقلل الاستهلاك المستديم.

٣ ـ الالتزام عند الإنفاق بالمصارف التي حددها الكتاب والسنَّة، أي: رعاية المصارف الثمانية في الزكاة، ورعاية مصارف الغنيمة، اللتين حددهما القرآن الكريم، وما عدا ذلك تطبق عليه السياسة الشرعية في رعاية المصالح ودرء المفاسد، ومراعاة فقه الأولويات.

٤ ـ رعاية التوازن بين الصناعة، والزراعة والتجارة، حسبما يحقق مصالح الدولة والمجتمع والأفراد.

٥ ـ العناية بالخِدْمات الإنتاجية من نفقات النقل، والتخزين والتأمين، وما يسمى اليوم بالبنية التحتية.

٦ ـ عدم اكتناز الأموال العامة في الخزينة ما دامت هناك حاجة للصرف، حيث كانت سياسة الخليفتين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما توزيع الفائض في بيت المال على المصالح العامة، وعلى أفراد المجتمع المستحقين، بناءً على أن المجتمع الغني القوي يعني دولة قوية قادرة على جمع المال عندما يحتاج إليه، مع أنهما كانا يحثان الناس على الادِّخار[1]، ومع ذلك لم يكونا حريصين على تكوين فائض لبيت المال.

---

(١) إصلاح المال لابن أبي الدنيا ص٢٠٣، ٢٠٤، ٢١١، ٢١٢.

ولكن هذا لا يعني عدم جواز تكوين الفائض، وإنما المقصود هو أن تكون الأولوية لمصالح الدولة والمجتمع.

٧ ـ وضع آليات التنفيذ، ومن الجدير بالذكر أن الإسلام حرص أشد الحرص على وضع الآليات العملية لتطبيق هذه الأسس والقواعد ولتطبيق العدالة والمساواة، حتى لا تكون مجرد نظريات، وذلك من خلال ما يأتي:

(أ) وضع أجهزة كفوءة ومخلصة للتوزيع العادل.

(ب) الاهتمام بالتخطيط والإحصاء الدقيق كما فعله الرسول ﷺ، حيث أمر بأن يكتب له من تلفظ بالإسلام من الناس، قال حذيفة: (فكتبنا له ألفاً وخمسمائة رجل...)، وفي رواية أخرى: (فوجدناهم خمسمائة)، قال أبو معاوية: (ما بين ستمائة إلى سبعمائة)[١].

والذي يظهر من هذه الروايات الصحيحة أنَّ هذه الكتابة لم تكن مرَّة واحدة، بل كانت مرّات متعدّدة، فمرة كانوا خمسمائة، ثم طلب إحصاءهم مرة ثانية فبلغوا خمسمائة إلى سبعمائة، ثم مرة ثالثة حيث بلغوا ألفاً وخمسمائة[٢]، وفي هذا دليل على أنَّ الرسول ﷺ كان يتابع العدد من خلال الإحصاء حتى يقوم بالتخطيط المناسب لذلك.

وهناك تأويل آخر رجَّحه الحافظ ابن حجر وهو أنَّ المراد بالألف وخمسمائة جميع من أسلم من رجل وامرأة وعبد وصبي، وبما بين الستمائة إلى السبعمائة الرجال خاصة، وبالخمسمائة المقاتلة خاصة[٣].

(١) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب الجهاد (٦/ ١٧٧ ـ ١٧٩).
(٢) فتح الباري (٦/ ١٧٨ ـ ١٧٩).
(٣) المصدر السابق نفسه.

وهذا يدل على أهمية تنوع الإحصاءات التي تشمل كافة طبقات الشعب، وأن هذا كان من عادة النبي ﷺ وصحبه، ويدل على هذا حديث ابن عباس قال: (جاء رجل إلى النبي ﷺ، قال: إنِّي كُتِبتُ في غزوة كذا وكذا...)[1]، حيث يدل على أن كتابة المقاتلة من عادتهم.

ومهما يكن، فإن الحديث يدل على أهمية التخطيط والاحصاءات المتكررة، بل على وجوبها عند تعينها، يقول الحافظ ابن حجر: (وفي الحديث مشروعية كتابة دواوين الجيوش، وقد تعين ذلك عند الاحتياج إلى تمييز من يصلح للمقاتلة ممن لا يصلح...، وقال ابن المنيِّر: موضع الترجمة (أي: ترجمة البخاري باب كتابة الإمام الناس) من الفقه أن لا يتخيل أن كتابة الجيش، وإحصاء عدده يكون ذريعة لارتفاع البركة، بل الكتابة المأمور بها لمصلحة دينية)[2].

(ج) وضع جهاز قوي، مخلص ومتخصص ومستقل، للرقابة والتدقيق؛ حيث أكد القرآن على أهمية الأشخاص للنجاح والانتصار، فقال تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِىٓ أَيَّدَكَ بِنَصْرِهِۦ وَبِٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[3].

ولذلك يؤكد القرآن على وجود ثلاثة شروط أساسية للنجاح والتنفيذ هي: الإخلاص (الأمانة)، والاختصاص (العلم)، والقوة، كما دلَّ عليها قوله تعالى: ﴿إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِىُّ ٱلْأَمِينُ﴾[4]، وقوله تعالى: ﴿ٱجْعَلْنِى عَلَىٰ خَزَآئِنِ ٱلْأَرْضِ ۖ إِنِّى حَفِيظٌ عَلِيمٌ﴾[5].

---

(١) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٦/ ١٧٨).

(٢) فتح الباري (٦/ ١٧٩).

(٣) سورة الأنفال: الآية ٦٢.

(٤) سورة القصص: الآية ٢٦.

(٥) سورة يوسف: الآية ٥٥.

ثانياً ـ تجميع الموارد:

إنَّ موارد الدولة الإسلامية هي ما يأتي:

١ ـ الزكاة حسب تفاصيلها وشروطها وضوابطها.

٢ ـ الصدقات والكفارات ونحوها التي تعطى لبيت المال.

٣ ـ إيرادات استثمارية خاصة بأموال الدولة.

٤ ـ إيرادات الوقف المخصصة لمشاريع الدولة ومؤسساتها التعليمية والدينية ونحوها.

٥ ـ إيرادات الخمس من الغنائم، حيث يكون للدولة الخمس أي: ٢٠٪، والباقي يوزع على المشاركين في الجهاد.

٦ ـ الفيء، وهو المال الذي يؤخذ من العدو دون قتال، حيث يكون كله خاصاً بالدولة لتصرفه في المصالح العامة، وفي تحقيق الضمان الاجتماعي.

٧ ـ عشور التجارة، حيث كانت الدولة الإسلامية تأخذ ما يسمى في عصرنا الحاضر الضرائب على التجارة الخارجية التي يقوم بها المسلمون أو غيرهم، وإن كانت النسب متفاوتة.

٨ ـ الجزية، وهي ضريبة تفرض على المواطنين غير المسلمين في مقابل فرض الزكاة على المسلمين، وهي دلالة على الالتزام بقانون الدولة والولاء لها، ومساهمة لتحمل أعباء توفير الأمن والبنية التحتية والضمان الاجتماعي للجميع.

٩ ـ الركاز؛ أي: المعادن الأولية (مواد الخام) والكنوز المدفونة في باطن الأرض ـ على تفصيل يأتي في قسم الملكية ـ[١].

ثالثاً ـ الموازنة العامة للدولة:

أنشأ الخليفة عمر رضي الله عنه الديوان لتنظيم الموارد والنفقات، ومحاسبة العامل المكلف بالإشراف على بيت المال، وكانت الموازنة تتم بين الإيرادات التي ذكرناها، وبين المستحقِّين المذكورين في الكتاب والسُّنَّة، حيث يعطى لهم حقوقهم إلّا ما يخص المؤلفة قلوبهم في عصر أبي بكر وعمر، حيث لم يعط لهم باعتبار أن حقيقة التأليف لم تعد باقية بالنسبة لهؤلاء الذين كانوا يأخذون في عصر الرسول ﷺ، ثم بعد ذلك النظر في الموازنة بين ما يتبقى من الإيرادات وما تحتاج الدولة من نفقات خاصة بالأجور والمرتبات والعطاءات، والجهاد، والتعليم، والصحة، والضمان الاجتماعي، وغير ذلك من نفقات الدولة.

وكان في بيت المال سجلات دقيقة لكافة الإيرادات، وأوامر الصرف، وأسماء جميع المستحقين، والجند، ومراقبة للإيرادات والمصروفات، ولأوجه الإنفاق العام، كما كان بيت المال يراقب الخيول، والحيوانات الخاصة به من خلال توفير المراعي (الحمى) وكذلك توفير مخازن الحبوب والغلال.

وكان المشرف على بيت المال مسؤولاً أيضاً ومكلفاً بإعداد جداول للمصروفات والإيرادات كل ثلاث سنوات، ومتابعة مراقبة واردات الأقاليم، التابعة للخلافة من حيث الزيادة والتنظيم ويعرض كل ذلك على الخليفة، ويتخذ بشأنه القرارات المناسبة، فقد حدث أن واردات مصر قلَّت، فبلغت عمر، فأرسل رسالة قوية إلى واليها عمرو بن العاص يلفت نظره فيها إلى

---

(١) د. حمدي عبد العظيم المرجع السابق ص٣٩٧ وما بعدها، والمراجع الاقتصادية السابقة.

تأخر الخراج، وضعف الجباية قال فيها: (فقد فكرت في أمرك، والذي أنت فيه، فإذا أرضك أرض واسعة عريضة رقيقة، وقد أعطى الله أهلها عدداً وجلداً وقوة في بر وبحر، وقد عالجها الفراعنة، وعملوا فيها عملاً محكماً مع شدة عتوهم وكفرهم، فعجبت من ذلك، وأعجب ما عجبت منه أنها لا تؤدي نصف ما كانت تؤديه من الخراج قبل ذلك على غير قحط ولا جدب)[1].

وهذه الرسالة تتضمن مبادىء عظيمة في الرقابة والمتابعة والمحاسبة القائمة على البراهين والتجارب لا يسع المجال لذكرها.

رابعاً ـ السياسة النقدية:

يقصد بالسياسة النقدية في الاقتصاد الإسلامي: مجموعة من القواعد والإجراءات التي تتخذها الدولة لتنظيم الإصدار النقدي وضبطه بما يتناسب مع الهياكل الاستثمارية والإنتاجية والاستهلاكية للاقتصاد العام للدولة[2]، ويدخل في السياسة النقدية تنظيم حركات النقود والائتمان ورقابتها وتوجيهها نحو التنمية الشاملة والاستقرار والازدهار.

ويعتبر من أهم المبادىء والقواعد السياسية الشرعية في مجال النقود ما يلي:

١ ـ أن النقود وسيلة وليست سلعة تباع وتشترى، ولذلك ضبطها الإسلام بضوابط الصرف من عدم جواز الزيادة مع التقابض في المجلس إذا بيع نقد بنفس النقد، واشترط التقابض (يداً بيد) عندما يختلف جنس النقدين.

٢ ـ أن صك النقود ومراقبتها، وحماية السوق من مغشوشها من واجبات الدولة، وأن الدولة مسؤولة عن ضبطها وحمايتها من الغش

---

(١) خطط المقريزي ط. الشعب بالقاهرة (١/ ١٤٣).

(٢) يراجع: الدكتور حمدي عبد العظيم: المرجع السابق ص٣٣٨ وما بعدها.

والنقصان والكسر والتلاعب بها، بل قال الفقهاء: (ينبغي ألا يغفل ـ أي: الإمام ـ النظر إن ظهر في سوقهم دراهم مبهرجة أو مخالطة بالنحاس بأن يشتد فيها ويبحث عمن أحدثها فإذا ظفر به أناله من شدة العقوبة...)[1].

٣ ـ إنَّ الغش في النقود من الفساد في الأرض، وفسر قوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا۟ ٱلنَّاسَ أَشْيَآءَهُمْ وَلَا تَعْثَوْا۟ فِى ٱلْأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾[2] بالغش في النقود، والنقصان في أوزانها[3]، وفسَّر كذلك قوله تعالى: ﴿وَكَانَ فِى ٱلْمَدِينَةِ تِسْعَةُ رَهْطٍ يُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ﴾[4]، بأنهم: (كانوا يكسرون الدراهم والدنانير)[5]، وقد روى عن الإمام أحمد أنه قال: (وهو عندي من الفساد في الأرض)[6]، ويقول ابن رشد: (الدنانير التي قطعها من الفساد في الأرض هي الدنانير الدائمة...)[7].

٤ ـ حرمة الربا بنوعيه (النسيء، والفضل).

٥ ـ ارتباط السياسات النقدية بالمصالح، وهذه قاعدة عامة في جميع تصرفات الإمام التي يجب أن تناط بالمصالح فقط[8].

ومن هذا الباب أنه ينبغي للدولة الإسلامية التدخل لثبات النقود، وعدم تذبذبها بقدر الإمكان، ولضمان حرية المنافسة الاقتصادية الشريفة، ولحماية

---

(١) المعيار المعرب ط. الإمارات (٦/ ٤٠٧).
(٢) سورة هود: الآية ٨٥.
(٣) أحكام القرآن لابن العربي ط. دار المعرفة (٣/ ١٠٦٣ ـ ١٠٦٦).
(٤) سورة النمل: الآية ٤٨.
(٥) أحكام القرآن لابن العربي (٣/ ١٠٦٣).
(٦) الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى ط. مصطفى الحلبي ص١٨٢ ـ ١٨٣.
(٧) البيان والتحصيل ط. دار إحياء التراث الإسلامي (٦/ ٤٧٤).
(٨) يراجع: شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ط. دار الغرب الإسلامي ١٤٠٣هـ ص٢٤٧، وقد عبر عنه المادة ٥٨ من مجلة الأحكام العدلية بـ: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة..

الاقتصاد الوطني من المنافسات الأجنبية، ولحماية القيم الدينية، والقضاء على معدلات البطالة والتضخم أو التقليل منها، ولتحديد الأسعار في بعض الأحيان، ومعدلات الصرف[1].

٦ ـ تشجيع سياسة الادخار، وتوجيهه نحو الاستثمار: بما أن المال قيام للمجتمع ـ لذلك أولى له الإسلام عناية قصوى به ادخاراً، واستثماراً، حيث أشار القرآن الكريم إلى أن على السفهاء (القصر) أن يستثمر أموالهم بشكل ناجح حتى تكون نفقتهم من الأرباح وليست من رأس المال، فقال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾[2]، حيث عبَّر القرآن الكريم بلفظ «فيها» بدل «منها»، قال الإمام الرازي: «وإنما قال: «فيها»، ولم يقل «منها»، لئلَّا يكون ذلك أمراً بأن يجعلوا بعض أموالهم رزقاً لهم، بل أمرهم أن يجعلوا أموالهم مكاناً لرزقهم بأن يتجروا فيها ويثمِّروها، فجعلوا أرزاقهم من الأرباح، لا من أصول الأموال. . .»[3].

ومن الأدلة المعتبرة على وجوب الاستثمار في الجملة قول النبي ﷺ: «اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة»[4].

---

(١) د. محمد إبراهيم رابوي: البديل الإسلامي للسياسات النقدية الرأسمالية، بحث منشور في الكتاب السادس للجنة الاقتصادية التابعة للجنة الاستشارية العليا، الكويت ص١٠٣ وما بعدها، و د. حمدي عبد العظيم: المرجع السابق ص٣٣٨ وما بعدها، و د. علي القره داغي، ورقته المنشورة في موضوع الأسس والقواعد التي تحكم النشاط الاقتصادي في الإسلام، المطبوعة في المحور الخامس للمؤتمر الاقتصادي الأول للجنة الاستشارية العليا بالكويت، ص٧٩ ـ ٨٧.

(٢) سورة النساء: الآية ٥.

(٣) التفسير الكبير (٩/ ١٨٦)، ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(٤) رواه الطبراني في الأوسط، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد، ط. دار الريان/ القاهرة ١٤٠٧هـ (٢/ ٦٧): إن إسناده صحيح. ويراجع للتفصيل: أ. د. يوسف القرضاوي: فقه الزكاة (١٠/ ١٣٠).

وهذا يشجع على تحريك النقود نحو الاستثمار، وبالتالي التخفيف من التضخم والبطالة.

٧ ـ توفير الضمانات الكافية من الدولة للمقرضين قرضاً حسناً لحثّهم على ذلك بتخفيف الضرائب عليهم بمقدار قروضهم، أو بنحو ذلك.

٨ ـ توفير الأجواء الملائمة للاستثمار وتشغيل النقود بما يحقق المصلحة للجميع.

وفي عصرنا الحاضر نظمت السياسات النقدية من خلال البنوك المركزية، وإشرافها على البنوك التجارية أو المتخصصة، أو المصارف الإسلامية، ولا يسع الحال للخوض في تفاصيلها[١].



(١) المراجع السابقة.





القسم الثاني

مقدمة في الملكية

* تعريف الملكية.
* أقسام الملكية وأنواعها.
* أسباب الملكية وحقوقها.
* القيود الواردة على الملكية.

تعريف الملكية

تعريف الملكية في الفقه الإسلامي:

الملكية: هي العلاقة بين الإنسان الذي خلقه الله تعالى لعبادته، ولتعمير الأرض وإصلاحها على ضوء المنهج المستقيم، وبين المال الذي خلقه الله تعالى وسيلة لتحقيق هذين الهدفين (العبودية والتعمير)؛ ولذلك فالملكية من الأمور الاعتبارية النسبية، مثل الأبوّة والبنوّة.

والملكية لغة: نسبة إلى الملك ـ بكسر الميم، وفتحها، وضمها ـ، وبالتالي فالملكية يجوز النطق بها بالحركات الثلاث، ولكن معظم اللغويين يستعملون المِلْك بكسر الميم في ملك الأشياء، وبالضم في ملك السلطنة، والوصف من الأول: مالك وجمعه المُلَّاك، والوصف من الثاني ـ أي: بالضم ـ مَلِك ـ بفتح الميم وكسر اللام ـ وجمعه ملوك[1].

وقد تكرر لفظ (ملك) ومشتقاته في القرآن الكريم كثيراً، منها قوله تعالى: ﴿مَٰلِكِ يَوْمِ ٱلدِّينِ﴾[2]، وفي قراءة (ملك يوم الدين) يقول الراغب الأصفهاني: (الملك ـ بكسر اللام ـ هو المتصرف بالأمر والنهي في الجمهور، وذلك يختص بسياسة الناطقين، ولهذا يقال: ملك الناس، ولا يقال: ملك الأشياء، وقوله: (ملك يوم الدين) تقديره: الملك في يوم الدين، وذلك لقوله تعالى: ﴿لِّمَنِ ٱلْمُلْكُ ٱلْيَوْمَ لِلَّهِ ٱلْوَٰحِدِ ٱلْقَهَّارِ﴾[3].

---

(١) القاموس المحيط، ولسان العرب، والمصباح المنير، وكليات أبي البقاء، والمعجم الوسيط، مادة (ملك).

(٢) سورة الفاتحة: الآية ٤.

(٣) سورة غافر: الآية ١٦.

والملك ضربان: ملك هو التملك والتولي، وملك هو القوة على ذلك، تولى أو لم يتولَ، فمن الأول قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْمُلُوكَ إِذَا دَخَلُوا۟ قَرْيَةً أَفْسَدُوهَا﴾[1]، ومن الثاني قوله تعالى: ﴿إِذْ جَعَلَ فِيكُمْ أَنۢبِيَآءَ وَجَعَلَكُم مُّلُوكًا﴾[2]، فجعل النبوة مخصوصة، والملك عاماً؛ فإن معنى الملك هنا القوة التي بها يترشح للسياسة، لا أنهم جعلهم كلهم متولين للأمر، فذلك مناف للحكمة...[3].

والمِلك بكسر الميم كالجنس للمُلك بضم الميم، فكل مُلك مِلك وليس بالعكس، والمملكة سلطان الملك.

والمَلَك ـ بفتح الميم واللام ـ هو المتولي من الملائكة شيئاً، مثل الملك ـ بكسر اللام ـ في الناس، وعلى هذا فالملك أخص من الملائكة[4].

والمُلْكُ في اصطلاح الفقهاء: عرِّف بعدة تعريفات قديماً وحديثاً[5].

فقد عرفه الغزنوي بأنه: (عبارة عن الاختصاص الحاجز)[6].

---

(١) سورة النمل: الآية ٣٤.

(٢) سورة المائدة: الآية ٢٠.

(٣) المفردات ص٤٧١.

(٤) المصدر السابق، ولسان العرب، مادة (ملك).

(٥) يراجع لمزيد من التفصيل: د. عبد السلام العبادي: الملكية في الشريعة الإسلامية ط. الأقصى بالأردن (١/ ١٢٨ ـ ١٥٣)، ومصطفى الزرقا: المدخل (١/ ٣٣٣ ـ ٣٣٤)، والشيخ علي الخفيف: الملكية في الشريعة الإسلامية ط. معهد البحوث بالقاهرة ١٩٦٩م (١/ ٢٠١ وما بعدها)، والشيخ محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد ط. دار الفكري العربي ص٦٣، وأحمد فراج حسين: الملكية ص٢٥، ود. عبد الرزاق حسن فرج: دوام الملكية ط. ١٤٠١هـ ص٩، ود. عبد الحميد البعلي: الملكية وضوابطها ط. وهبة بالقاهرة ص٢٥، ود. محمد عثمان شبير: المدخل إلى فقه المعاملات المالية ص١١٧.

(٦) مذكور في الدكتور العبادي: المرجع السابق (١/ ١٢٩).

وعرفه القرافي بأنه: (حكم شرعي، أو وصف مقدر في العين أو في المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من الانتفاع بالمملوك ومن المعاوضة عنه)[1].

وعرفه ابن تيمية بأنه: (القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة)[2].

ومن المعاصرين عرفه أستاذنا الزرقا بأنه: (اختصاص حاجز شرعاً يسوغ لصاحبه التصرف إلَّا لمانع)[3].

فالمراد بكونه حاجزاً: أنه يحجز غير المالك عن الانتفاع والتصرف دون إذن المالك.

أما المانع الذي يمنع المالك عن التصرف: هو نقص الأهلية، كما في الصغير، إذ يتصرف عنه وليه، وحق الغير كما هو الحال للراهن في ماله المرهون، والمدين المحجور عليه في ماله، وهكذا.

فهذه التعريفات وغيرها للملك أو الملكية، يمكن حصرها في توجهين:

ـ توجه ينطلق من كون الملك حكماً شرعيًّا (أي: حكماً تكليفيًّا من حيث الإباحة، أو حكماً وضعيًّا من حيث إنه سبب لحل التصرف والانتفاع).

ـ وتوجه آخر انطلق من الغاية من الملك، وهو القدرة على التصرف[4].

وأيًّا ما كان، فإن التعريف الجامع المانع في نظري هو أن الملك عبارة عن: (اختصاص شخص بشيء اختصاصاً حاجزاً شرعاً يسوغ له الانتفاع فيه ابتداءً إلَّا لمانع).

---

(١) الفروق للقرافي (٤/٣٠٦).

(٢) القواعد النورانية ص٢١٨.

(٣) الشيخ مصطفى الزرقا: المدخل (١/ ٣٣٣ ـ ٣٣٤).

(٤) د. العبادي: المرجع السابق (١/ ١٣٨ ـ ١٤٢) والمراجع السابقة.

وأضفنا هنا لفظ (شخص) ليشمل الشخص الطبيعي (الإنسان)، والشخص الاعتباري الذي يملك، وله ذمة مالية مستقلة وشخصية قانونية معنوية تملك وتتصرف باسمها مثل الدولة والشركات والمؤسسات.

كما أن التعريف بَيَّنَ بأن من مقتضيات الملك الانتفاع مع التصرف، وليس التصرف وحده.

وكونه (ابتداء) ليخرج به الوكيل؛ لأن تصرفه في ملك موكله جاء تبعاً لإذنه وليس ابتداء وأصالة، وكذلك تصرف الولي في أموال مولاه، حيث إن تصرفه فيها جاء تبعاً لإذن الشارع وحكمه.

تعريف الملكية في القانون المدني:

لم تقم القوانين المدنية العربية بتخصيص مادة للتعريف بالملكية، ولكن يفهم من موادها المراد بها، فمثلاً نصت المادة (٨٠٢م.م) على أن: (لمالك الشيء وحده ـ في حدود القانون ـ حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه)، حيث يفهم من هذا النص أن الملكية عبارة عن حق المالك في الاستئثار بالشيء، وذلك باستعماله، واستغلاله، والتصرف فيه في حدود القانون[١].



(١) يراجع: الدكتور عبد الرزاق حسن فرج: المرجع السابق ص١٤، ود. السنهوري: الوسيط (٨/ ٤٩٣)، ود. محمد علي عرفة: حق الملكية (١/ ٢٠٩)، ود. محمود جمال الدين زكي: دروس في الحقوق العينية الأصلية ص٣١.

أنواع الملك وأقسامه

يقسم الملك باعتبارات مختلفة إلى أقسام متنوعة، فيُقسَّم باعتبار نوعه إلى: ملكية عامة للدولة، وملكية شائعة، وملكية خاصة بالفرد. ولكن أهم تقسيماته هو تقسيمه باعتبار محله، حيث يقسم بهذا الاعتبار إلى خمسة أقسام، وهي:

١ ـ ملك الرقبة، والمنفعة.

٢ ـ ملك الرقبة فقط.

٣ ـ ملك المنفعة فقط.

٤ ـ ملك الانتفاع.

٥ ـ ملك الحقوق (المعنوية).

وهذه الخَمْسة تقسم إلى قسمين هما: الملكية التامة، والملكية الناقصة؛ فالقسم الأول والخامس يدخلان في الملكية التامة، والبقية تدخل في الملكية الناقصة.

النوع الأول

ملك الرقبة، والمنفعة

فملك الرقبة: أي: عين الشيء. **والمنفعة**: أي: حق التصرف الكامل في حدود الشرع فيه بالبيع والتأجير ونحوهما.

وهذا لا يتحقق إلَّا مع الملكية التامة الكاملة.

أسباب الملكية التامة

لقد تطرقنا في القسم الثاني إلى أسباب الملكية بصورة عامة، وهي ثلاثة أشياء:

١ ـ العقود الناقلة للملكية التامة.

٢ ـ الخلافة، نص الإرث، والوصية.

٣ ـ حيازة المباح.

ولكن الحاجة هنا إلى الحديث عن أمرين مهمين، هما: **الركاز، وإحياء الموات**، وهما يتملكان من خلال الإحراز، وسأتناول بالبحث أيضاً الثروة البحرية.

أولاً ـ الركاز (المعدن والكنز):

الركاز لغة: بمعنى المركوز، وهو من الركز، أي الخفي، والمدفون في الأرض، وقال اللغويون: الركاز هو ما ركزه الله تعالى في الأرض من المعادن والكنوز[١].

وفي الاصطلاح: ذهب الحنفية إلى أن الركاز يشمل المعدن والكنوز المدفونة اعتماداً على معناه اللغوي[٢].

في حين ذهب الجمهور إلى أن الركاز هو خاص بما وجد مدفوناً من كنوز الجاهلية، قال النووي: (وهو ـ أي: الركاز ـ دفين الجاهلية)، وحينئذ لا يطلق على المعدن[٣].

وقد عقد البخاري باباً سماه: (باب: في الركاز الخمس، وقال مالك وابن إدريس: الركاز دفين الجاهلية، في قليله وكثيره الخمس، وليس المعدن بركاز...)[٤].

وهذا الخلاف يترتب عليه بعض الآثار الفقهية، فعند الحنفية، يجب في

---

(١) لسان العرب، والقاموس المحيط، مادة (ركز).

(٢) فتح القدير (٢/ ٢٣٣)، وشرح العناية (٢/ ٢٣٢).

(٣) يراجع: المجموع ط. المنيرية (٦/ ٩١)، والمغني لابن قدامة (٣/ ١٨).

(٤) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٣/ ٣٦٤).

المعدن والكنوز الخمس، أما الجمهور فقالوا: الخمس خاص بالكنز فقط ـ كما سيأتي ـ .

وأيًا ما كان فإننا نذكر أحكام تملك المعادن والكنوز بشيء من الإيجاز:

١ ـ ملكية المعادن:

اتفق الفقهاء على أن المعادن الموجودة في الأرض التابعة لبيت المال (أي: الدولة) مملوكة له، وأن النظر فيها إلى الإمام (رئيس الدولة) أو من ينوب عنه في ذلك[١].

ولكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك على رأيين رئيسيين هما:

الرأي الأول: أن أمر المعادن كلها إلى الإمام (الدولة)، يتصرف فيها حسب مصلحة الأمة، وليست تابعة للأرض التي وجدت فيها.

وهذا رأي المالكية في المشهور عندهم، ومذهب ابن القاسم، ورواية مالك في المدونة، قال العلامة الدردير: (وحكمه (أي: المعدن) مطلقاً ـ سواءٌ كان معدن عين أو غيره ـ للإمام (أي: السلطان أو نائبه)، يقطعه لمن يشاء من المسلمين، أو يجعله في بيت المال لمنافعهم لا لنفسه، ولو وجد بأرض شخص معين، لا يختص به رب الأرض، إلَّا أرض الصلح (أي: بين المسلمين وغيرهم عند فتحها) إذا وجد بها معدن فلهم، ولا نتعرض لهم فيه ما داموا كفاراً، فإن أسلموا رجع الأمر للإمام)[٢].

---

(١) يراجع: الهداية مع فتح القدير (٢/ ٢٣٤)، والأم ط. دار الوفاء (٣/ ١١١)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣٨/ ١٩٤).

(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك ط. وزارة الأوقاف الإماراتية ١٤١٠هـ (١/ ٦٥٠)، والاستذكار لابن عبد البر ط. مؤسسة الرسالة (٩/ ٥٥).

وقال الباجي: (وإذا أقطعه لأحد فإنما يقطعه انتفاعاً، لا تمليكاً، ولا يجوز لمن أقطعه له الإمام أن يبيعه، ولا يورث عمن أقطعه له؛ لأنَّ ما لا يملك لا يورث)[١].

وقد استدلوا بما روي عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمٰن عن غير واحد: أنَّ رسول الله ﷺ أقطع لبلال بن الحارث المزني معادن القَبَلية[٢]، وهي من ناحية الفُرْع، فتلك المعادن لا يؤخذ منها إلى اليوم إلَّا الزكاة»[٣].

ولكن هذا الحديث مرسل ضعيف جدًّا لا ينهض حجة عند الكثيرين من أهل العلم، فقال الشافعي: «ليس هذا ما يثبته أهل الحديث»[٤]، وقال الزيلعي: (قال أبو عبيد في كتاب الأموال: «حديث منقطع»)[٥]، وهكذا قال ابن عبد البر فقال: (هذا الخبر منقطع في «الموطأ» وقد روي متصلاً مسنداً)[٦].

وحاول الحافظ ابن عبد البر أن يدافع عن هذا الحديث ويجعله

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (١/ ٦٥١)، وهذا التصرف يطابق حق الامتياز المعروف في القانون الحديث لحد كبير حيث يعطى حق امتياز التنقيب والاستخراج للبترول ونحوه لمدة زمنية محددة.

(٢) القبلية ـ بفتح القاف والباء ـ ناحية من ساحل البحر بينها وبين المدينة خمسة أيام. والحديث رواه أبو داود ط. حمص ١٣٩١هـ (٣/ ٤٤٣) الحديث رقم ٣٠٦١، والبيهقي (٤/ ١٥٢)، والحاكم وصححه (٣/ ٥١٣)، ورواه مالك في الموطأ (١/ ٢٤٨)، والشافعي في الأم (٢/ ٤٣)، وهو مرسل عند جميع الرواة، ووصله أبو داود في كتاب الخراج الحديث رقم ٣٠٦٢.

(٣) المصادر السابقة، وسنن أبي داود ط. حمص (٣/ ٤٤٣).

(٤) الأم ط. دار الوفاء (٣/ ١١١)، التلخيص الحبير (٢/ ١٨١).

(٥) نصب الراية (٢/ ٣٨١).

(٦) الاستذكار ط. مؤسسة الرسالة (٩/ ٥٥).

حسناً[1]، وهذا ما يفهم أيضاً من صنيع أبي داود حيث ترجم له: «باب إقطاع الأرضين»، ثم روى بسنده عن ربيعة بن أبي عبد الرحمٰن عن غير واحد: «أن رسول الله ﷺ أقطع لبلال بن الحارث. . .» وهو مرسل، وهكذا رواه مالك في الموطأ مرسلاً، ثم رواه بسند متصل، وقال أبو داود: (وحدثنا غير واحد عن حسين بن محمد، أخبرنا أبو أويس، حدثني كثير بن عبد الله عن أبيه، عن جده: «أن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث. . .»)[2].

والظاهر أن الحديث بمجموع طرقه ثابت في إقطاعه لبلال، ولكن لا في أخذ الزكاة من المعادن، وهذا ما قاله الإمام الشافعي حيث قال: (ليس هذا الحديث مما يثبته أهل الحديث رواية، ولو أثبتوه لم تكن فيه رواية عن النبي ﷺ إلَّا بإقطاعه)[3].

واستدلوا كذلك بأن المعادن من الذهب والفضة ونحوهما هي في جوف الأرض أقدم من ملك المالكين لها، فلم يجعل ذلك ملكاً لهم بملك الأرض، إذ هو ظاهر قول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَن يَشَآءُ مِنْ عِبَادِهِۦ﴾[4]، لذلك فكل ما في جوف الأرض فيء لجميع المسلمين، فيكون بمنزلة ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب[5]، لقوله تعالى: ﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْهُمْ فَمَآ أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾[6]. ومن جانب آخر: فإن المعادن تتعلق بها مصالح الأمة فلا يجوز أن يتملكها الأفراد.

---

(١) فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبد البر ط. مجموعة التحف والنفائس الدولية بالرياض ١٤١٦هـ (٧٠/ ٥٥).

(٢) سنن أبي داود ط. حمص (٣/ ٤٤٣ ـ ٤٤٦).

(٣) الأم (٢/ ٤٣) ط. دار المعرفة، وقال البيهقي (٤/ ١٥٢): هو كما قال الشافعي في رواية مالك.

(٤) سورة الأعراف: الآية ١٢٨.

(٥) المقدمات لابن رشد ط. السعادة (١/ ٢٢٤ ـ ٢٢٦).

(٦) سورة الحشر: الآية ٦.

الرأي الثاني: هو أن المعادن تبع للأرض التي هي فيها، فإن كانت الأرض مملوكة ملكية خاصة فوجد فيها المعدن فهو لصاحب الأرض، وإن لم تكن مملوكة لأحد فيكون أمرها إلى الإمام يتصرف فيها حسب مصالح الأمة.

وهذا هو رأي المالكية في قولهم الثاني[1]، وهو رواية سحنون عن مالك.

وعلى ضوء ذلك فإن مالك الأرض يملك معدنها، ولكن لا يملك المعادن التي توجد في أرض مباحة (أي: أراضي الدولة).

وقد اتفق الحنفية، والظاهرية والإمامية، وبعض الشافعية، مع هذا الرأي في حالة ما إذا كانت الأرض مملوكة ملكية خاصة، حيث إن مالكها يملك المعادن الموجودة فيها[2].

ولكنهم اختلفوا في المعادن الموجودة في الأرض التي ليست مملوكة ملكية خاصة لا للفرد ولا للدولة على حسب كون المعدن ظاهراً أو باطناً:

١ ـ فإن كان المعدن ظاهراً (أي: خرج بدون علاج)، مثل الملح والنفط والكبريت، فإن الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية[3]

---

(١) المقدمات لابن رشد (٢٢٥)، وحاشية الدسوقي (١/ ٤٨٧).

(٢) بدائع الصنائع ط. مؤسسة التاريخ العربي ١٤٢١هـ (٢/ ١٩٠)، وفتح القدير (٢/ ٢٣٦ ـ ٢٣٨)، وتحفة الفقهاء ط. قطر (١/ ٥٠١)، والأم ط. دار الوفاء بالمنصورة (٣/ ١٠٩)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٥٧١ ـ ٥٧٣)، والفروع ط. دار الكتب العلمية ببيروت (٢/ ٣٦٥)، وشرائع الإسلام (١/ ١٦٦)، ونيل الأوطار (٤/ ١٦٥)، ويراجع: د. عبد السلام العبادي: الملكية في الشريعة الإسلامية ط. الأقصى/ عمان ١٣٩٤هـ (١/ ٣٤٨ وما بعدها)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣٨/ ١٩٤).

(٣) المصادر السابقة.

متفقون على أن المعادن الظاهرة لا تملك بالإحياء، ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس، ولا يثبت فيه اختصاص، ولا إقطاع؛ سواء كان إقطاع تمليك، أو إرفاق؛ لأنه من الأموال المشتركة بين الناس كالماء والكلأ[١].

٢ ـ وأما إذا كان المعدن باطناً ـ أي: ما استخرج بعلاج وكلفة ـ مثل الذهب والفضة والحديد، والنحاس ونحوهما فإن الشافعية على الصحيح والحنابلة في ظاهر المذهب أنها لا تملك بالإحياء. في حين ذهب الحنفية، والشافعية في القول المرجوح، والحنابلة في قولهم الآخر ذهبوا إلى أنها تملك بالإحياء[٢].

يقول الإمام النووي عند حديثه عن المعادن: (القسم الثاني: المعادن الباطنة، وهي التي لا يظهر جوهرها إلَّا بالعمل والمعالجة، كالذهب والفضة، والفيروزج، والياقوت، والرصاص، والنحاس، والحديد، وسائر الجواهر المبثوثة في طبقات الأرض... إذا ثبت هذا، فالمعدن الباطن هل يملك بالحفر والعمل؟ قولان، لتردده بين الموات والمعدن الظاهر، أظهرهما: لا، رجحه الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم)[٣].

المعادن في القوانين المعاصرة:

تنص معظم القوانين المعاصرة على أن المعادن والمحاجر ملك للدولة.

فقد نص القانون رقم ٨٦ لعام ١٩٥٦م الخاص بأحكام المعادن والمحاجر في مصر على اعتبار المواد المعدنية التي توجد في المناجم والخامات التي توجد في المحاجر ملكاً للدولة، واستثنت من ذلك مواد البناء، وأن الأراضي المملوكة للأشخاص إذا وجد فيها معدن فإنه ملك للدولة لأنه خارج عن نطاق الملكية

---

(١) المصادر السابقة، ص١١٨، الهامش رقم (٢).
(٢) المصادر السابقة.
(٣) روضة الطالبين للإمام النووي ط. المكتب الإسلامي (٥/ ٣٠١ ـ ٣٠٢).

الخاصة؛ لأنها تعتبر من دعائم الثروة التي يقوم عليها اقتصاد البلاد، ولكن القانون نص على بعض القواعد التي تمنع الضرر عن المالك.

كما بيَّن هذا القانون المواد المعدنية بأنها: (المعادن وخاماتها، والعناصر الكيمياوية، والأحجار الكريمة وما في حكمها، والصخور والطبقات والرواسب المعدنية التي توجد على سطح الأرض أو في باطنها، وكذلك المياه المعدنية الخارجة من باطن الأرض إذا كان استغلالها بقصد استخراج مواد معدنية...)[1].

الراجح:

والذي يظهر لنا رجحانه هو رأي المالكية المشهور في أن المعادن بجميع أنواعها ملك للأمة التي تنوب عنها الدولة، أو أن أمرها إليها تتصرف فيها حسب مصالح الأمة الإسلامية، وأنها إذا أقطعتها لجهة أو لشخص فلا يجوز أن يكون ذلك على سبيل التمليك التام، وإنما يكون على سبيل إقطاع المنفعة لفترة زمنية محددة...

وعلى ضوء ذلك فلا يملك الفرد المعدن بإحيائه للمعدن نفسه، أو إحيائه للأرض التي وجد فيها المعدن، ولكن إذا سمحت الدولة بإحياء المعدن بعوض أو بدونه حسب المصلحة، فإنه يملك الناتج منه خلال الفترة الزمنية المحددة، وحينئذ يكون الواجب فيه الخمس ـ على ما سيأتي تفصيله ـ .

يقول الشيخ أبو زهرة رحمه الله في ترجيح هذا الرأي: (هذا الرأي هو الرأي المأخوذ من لب الفقه الإسلامي، ويستند إلى السُّنَّة، وعمل النبي ﷺ، وهو يتفق مع المعاني الفقهية، ومع التكافل الاجتماعي السليم، ويتفق مع التكافؤ بين العمل ومقدار الثمرة)[2].

---

(١) يراجع: الوسيط للسنهوري ط. دار النهضة العربية (٨/ ٥٧٦ ـ ٥٨٥)، ود. العبادي: المرجع السابق (١/ ٣٥٩).

(٢) التكافل الاجتماعي للشيخ أبو زهرة ص٣٢.

٢ ــ ملكية الكنز:

ذكرنا فيما سبق عدة معانٍ للكنز، ولكن المعنى المناسب الذي قد تختلف زكاته عن غيره هو إطلاق الكنز على دفين الجاهلية، أو المال المدفون تحت الأرض.

وعلى ضوء ذلك قسم الفقهاء الكنز باعتباره التأريخي إلى ثلاثة أنواع وهي: **الكنوز الجاهلية، والكنوز الإسلامية، والكنوز التي لا يعلم أنها إسلامية أو جاهلية.**

ونحن هنا نذكر هذه الأنواع الثلاثة مع أحكامها بصورة موجزة:

النوع الأول: الكنوز الجاهلية:

وهي دفين الجاهلية، وقد اتفق الفقهاء على وجوب الخمس فيها[١]، للحديث الصحيح المتفق عليه: «وفي الرّكاز الخُمُس»[٢].

النوع الثاني: الكنوز الإسلامية:

وهي التي يغلب على الظن أنها للمسلمين، مثل أن تكون عليها نقوش إسلامية مثل كلمة الشهادتين، أو الصلاة على النبي ﷺ، أو اسم ملك أو سلطان من المسلمين[٣].

وقد اتفق الفقهاء على أن من عثر على كنز ثم وجد صاحبه فيجب عليه دفعه.

وإنما الخلاف في الكنز الذي لا يعرف له صاحب بسبب قدمه على رأيين:

---

(١) المبسوط (٢/ ٢١١)، وحاشية الدسوقي (١/ ٤٨٩)، والمغني (٢/ ٦١٥).
(٢) سبق تخريجه.
(٣) المجموع للنووي (٦/ ٩٧...).

الرأي الأول لجمهور الفقهاء: وهو أن حكمه حكم اللقطة من حيثُ وجوب التعريف بها، لمدة سنة ثم بعد ذلك يتملكها عند جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية، والحنابلة)، خلافاً للحنفية الذين لا يجيزون تملك اللقطة والانتفاع بها إلّا إذا كان الملتقط فقيراً، لما في ذلك من تحقيق النظر من الجانبين، نظر الثواب للمالك، ونظر الانتفاع للملتقط، وعلى الرأيين لو ظهر صاحبها يجب على الملتقط أن يرد إليه لقطته أو التعويض عنها[1].

الرأي الثاني: أنه لا يأخذ حكم اللقطة، وإنما يلزم واجده أن يحفظه أبداً، وإن أمره إلى السلطان لحفظه واقتراضه لمصلحة، وهذا رأي لبعض علماء الشافعية مثل القفال، وحكاه إمام الحرمين عن الشيخ أبي علي السنجي قال: (فعلى هذا يمسكه الواجد أبداً، وأن للسلطان حفظه في بيت المال كسائر الأموال الضائعة، فإن رأى الإمام حفظه أبداً فعل، وإن رأى اقتراضه لمصلحة فعل. . . وعلى هذا الوجه لا يملك الواجد بحالٍ)[2].

وقد أوضح هؤلاء الفرق بين اللقطة وبين الكنز الإسلامي الذي لا يعرف مالكه فقالوا: (إن اللقطة تسقط من مالكها في مضيعة فجوّز الشرع لمالكها تملكها بعد التعريف، ترغيباً للناس في أخذها وحفظها، وأما الكنز المذكور فمحرز بالدفن غير مضيع فأشبه الإبل الممتنعة من السباع إذا وجدها في الصحراء فإنه لا يجوز أخذها للتملك)[3].

وكذلك نجد للشافعية وجهاً قويًّا آخر بعدم التملك في حالة أنه (إذا وجد غير مالك الساحة الكنز، ولم يكن مالك الأرض محيياً ابتداءً وجهلنا محييها،

---

(١) يراجع: تبيين الحقائق (٣/ ٣٠٧)، والمدونة الكبرى (٦/ ١٧٨)، وحاشية الدسوقي (٤/ ١٢١)، ومغني المحتاج (٢/ ٤١٥)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ٣٢٦ ـ ٣٤٣)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣٥/ ٣٠٢).

(٢) المجموع (٦/ ٩٧).

(٣) المرجع السابق (٦/ ٩٦).

فهل يحل للواجد أخذه؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يحل؛ لأنه لم يصادفه في مكان مباح لا اختصاص به لأحد، وهذا شرط)، قال إمام الحرمين: (والظاهر عندي أن الواجد لا يملكه).

والذي يظهر لي رجحانه هو: هذا الرأي الثاني، القائل بأن الكنز الإسلامي الذي لا يعرف له صاحب لقدمه أو لأي سبب آخر لا يطبق عليه حكم اللقطة، وإنما هو بمثابة الوديعة ويجب على واجده أن يسلمه إلى الدولة إن كانت منضبطة، قادرة على الحفظ دون خيانة وتضييع، أو يقوم هو بحفظه أبداً؛ لأن هذه الكنوز هي تراث الأمة ولذلك يجب أن تبقى للأمة من خلال حفظها، حتى تستفيد منها الأجيال اللاحقة تاريخيًّا واجتماعيًّا واقتصاديًّا.

ومن هنا فلا أرى مانعاً شرعيًّا في التنظيمات القانونية التي نظمت الآثار والتحف والكنوز واعتبرَتها من أملاك الدولة مع تعويض عادل لمن وجدها، أو لصاحب المكان الذي وجدت فيه الآثار والتحف والكنوز الإسلامية.

وذلك؛ لأن الكنز الإسلامي لم يكن موجوداً في عصر الرسول ﷺ حتى يشمله قوله ﷺ: «**وفي الركاز الخمس**» ولا سيما أن معناه هو دفين الجاهلية، ولم يتحقق ما يمكن أن يسمى بالكنز الإسلامي إلَّا في القرن الثاني الهجري.

ولذلك فتطبيق قواعد اللقطة وأحكامها على ما عثر عليه من الذهب والفضة، والدراهم والدنانير ونحوها في القرن الأول أو الثاني كان معقولاً ومناسباً، أما اليوم وبعد أكثر من أربعة عشر قرناً فكيف يمكن تطبيق اللقطة على ما يعثر من التحف والكنوز والآثار الإسلامية القديمة التي لا تقدر قيمتها بثمن.

ومن جانب آخر، فإن مقاصد الشريعة في أحكام اللقطة ليست لتشجيع البحث عن اللقطة لأجل تملكها، بل هي لحمايتها وحفظها وتوصيلها إلى صاحبها من خلال التعريف الكامل طوال عام كامل، وفي بعض الروايات ثلاثة أعوام كاملة، ثم بعد ذلك يتملكها ولكن مع النية والاستعداد الكامل

لردها، أو التعويض عنها في حالة ظهور صاحبها، وذلك غير موجود في الكنوز الإسلامية اليوم التي ليس هناك أمل في العثور على صاحبها، وبالتالي فيكون الغرض الأساس لمن يبحث عنها هو تملكها وليس حفظها لتوصيلها إلى صاحبها.

النوع الثالث: أن لا يكون في الكنز الموجود علامة تدل على أنه من دفين الإسلام أو الجاهلية، بأن لا يكون عليه علامة أصلاً، أو يكون عليه علامة وجد مثلها في الإسلام والجاهلية مثل الأواني والحلي ونحوهما.

وهذا النوع اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة آراء:

فقد ألحقه جمهور الفقهاء ـ الحنفية في ظاهر المذهب، والمالكية، والحنابلة والشافعية في قول[1] ـ بكنوز الجاهلية.

في حين ألحقه الشافعية في الأصح، وبعض الحنفية بالكنوز الإسلامية، حيث يعطى حكم اللقطة[2].

وهناك رواية للشيخ أبي علي السنجي الشافعي: إنه وديعة يجب حفظها، أو تسليمها للإمام...

يقول الإمام النووي: (والصواب فيه قولان ـ أي: للشافعي ـ نقل المصنف ـ أي: الشيرازي ـ أحدهما عن نص الشافعي ـ أي: أنه لقطة؛ لأنه يحتمل أمرين فغلب حكم الإسلام ـ وكذا نقله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو طيب، والبغوي، وآخرون، ونقل ابن الصباغ وآخرون عن نص الشافعي في الأم أنه ركاز، وقال صاحب الحاوي: قال أصحابنا البصريون: يكون ركازاً، وحكوه عن نص الشافعي، واتفق الأصحاب على أن الأصح: أنه

---

(١) البحر الرائق (٢/ ٢٥٣)، وبدائع الصنائع ط. مؤسسة التاريخ العربي (٢/ ١٩٠)، وحاشية الدسوقي (١/ ٤٩٨)، والمجموع (٦/ ٩٦)، ونهاية المحتاج (٣/ ٩٨)، والمغني مع الشرح الكبير (٢/ ٦١٣).

(٢) المصادر السابقة.

لقطة. . . ؛ لأنه مملوك، فلا يستباح إلَّا بيقين. . . وعن الشيخ أبي علي السنجي هنا روايتان حكاهما الرافعي: إحداهما في كونه لقطة، والثانية أنه مال ضائع، كما قال في القسم الثاني. . .)[1].

والذي نرى رجحانه هو القول بوجوب الحفظ وتسليمه إلى الدولة للحفاظ عليه.

تنظيم القوانين للكنوز:

نظمت معظم القوانين في البلاد الإسلامية (وغيرها) موضوع الكنوز، وفرقت بين الكنوز التي لها قيمة تاريخية في التعريف بعصر من العصور السابقة، أو بأمر من أمور الأمة، وهي تسمى بالآثار.

فمثلاً في مصر نظمها القانون رقم ١٢ لسنة ١٩١٢م، حيث اعتبر جميع الآثار التي لها قيمة تاريخية في جميع العصور القديمة قبل الإسلام من الصنائع، والمعابد، والحصون، والأسوار، والنسخ المكتوبة على الرمق، أو القماش، أو البردى، والأسلحة، والأقمشة، ومقاييس النيل، والنقوش، والأواني ونحوها مما يرجع إلى هذه العصور الفرعونية، واليونانية، والرومانية، والقبطية: ملكاً للدولة.

وصدر قبل ذلك قانون الآثار العربية رقم ٨ لعام ١٩٠٨م، وفيه اعتبر الأصل في جميع ما يستخرج من الآثار العربية من الفتح الإسلامي إلى وفاة محمد علي مما له قيمة تاريخية أو فنية أو أثرية ملكاً للدولة.

وقد علق على ذلك الشيخ أبو زهرة رحمه الله قال: (وبذلك خالف القانون في الآثار أحكام الشريعة في الكنوز التي تعد منها سواء أكانت جاهلية أم إسلامية، كما خالفها في الكنوز التي لا تعتبر آثاراً على ما بينا)[2].

---

(١) المجموع (٦/ ٩٨).

(٢) الشيخ أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد ص١٣٧.

والذي يظهر لي رجحانه: أن الكنوز الجاهلية، والإسلامية القديمة التي لا يطمع في بقاء أصحابها وورثتهم: ملك للدولة، وأن قول الرسول ﷺ: «**وفي الركاز الخمس**» قاله الرسول ﷺ بحكم كونه إماماً وليس بحكم كونه مبلغاً ـ كما سبق ـ .

وعلى ضوء هذا التكييف الفقهي فقيام الدولة بتنظيم أمور الكنوز وعدم السماح للأفراد بالاعتداء عليها ـ مع تعويضهم في حالة عثورهم عليها، أو تعويضهم عن الموقع الذي تحول إلى موقع أثري ـ ليس فيه مخالفة لنصوص الشريعة الغراء وأحكامها ومبادئها العامة، بل تتفق مع مقاصد الشريعة ـ كما سبق ـ والله أعلم.

وقد قال بعض الفقهاء منهم الأوزاعي: (أن ما كان ظاهراً من الكنوز التي تركت على حالها مثل الأصنام المذهبة والعمد فيها الرصاص الظاهر إنما هو شيء لعامة المسلمين وفيئهم، يجعل في بيت مالهم، ليس لأحد أن يأخذ منها شيئاً إلَّا أمير المؤمنين، بمنزلة الأرض وليس لأحد منها شيء إلَّا بإذنه . . .)[1].

ما يؤخذ من الركاز هل هو زكاة أم في حكم الغنيمة؟

أرى من الضروري بيان التكييف الفقهي للخمس الذي يؤخذ من الركاز بالاتفاق ومن المعادن عند بعض المذاهب ـ كما سبق ـ وما يترتب على هذا الخلاف من آثار فقهية.

فقد ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية، والشافعي في القديم، والحنابلة)[2] إلى أن ما يؤخذ من الركاز ونحوه هو ليس زكاة، وإنما هو مثل خمس الغنيمة والفيء تختص به الدولة الإسلامية وتنفقها في مصالحها ـ كما سبق ـ .

---

(١) الأموال لابن زنجويه (٢/ ٧٤٠).

(٢) يراجع: حاشية ابن عابدين (٢/ ٤٤)، وشرح الخرشي (٢/ ٢١٠)، والمجموع (٦/ ٩١، ١٠١)، والمغني لابن قدامة (٣/ ١٨ ـ ١٩)، وشرح منتهى الإرادات (١/ ٤٠٠).

وذهب الشافعية في القديم وأحمد في رواية[1] إلى أنه زكاة، وعلى ضوء ذلك فإن أعلى نسبة من الزكاة هي ما يؤخذ من الركاز وهي ٢٠٪.

والذي يظهر لي رجحانه هو قول الجمهور وذلك لأن الحديث الصحيح نص في أن في الركاز الخمس، ولكنه لم يحدد كونه صدقة ولا مصارفه كما هو الحال في الزكاة، كما أن بقية الأحاديث التي حددت كيفية صرف الزكاة لم تذكر خمس الركاز، كما أن الركاز أشبه شيء بالغنائم من حيث كونهما مملوكين لغير المسلمين ووصلا إليهم، فيكون أشبه بالغنيمة من الزكاة.

آثار الخلاف:

لهذا الخلاف آثار كثيرة تظهر من خلال مدى اشتراط النصاب، والحول، وجهة الصرف إليها، والشخص الذي يؤخذ منه.

٣ ـ الثروة البحرية:

تشتمل على نوعين أساسيين هما:

(أ) الثروة الحيوانية من الأسماك ونحوها.

(ب) الجواهر الكريمة كاللؤلؤ والمرجان ونحوهما، وكذلك ما يستخرج منه من الطيب كالعنبر.

فالنوع الأول: (الأسماك ونحوها): يتملكه الإنسان بالاستيلاء بلا خلاف، ويكون حكمه حكم ما يتملك بالاستيلاء المشروع، مثل إحياء الموات والاصطياد للحيوانات البرية، يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَـٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ . . .﴾[2].

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) سورة المائدة: الآية ٩٦، ويراجع لأحكام البحر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٩٤)، وحاشية الدسوقي (٢/ ١١٥)، ومغني المحتاج (٤/ ٢٩٧)، وكشاف القناع (٦/ ١٩٣)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٨/ ١٤ ـ ١٧).

ودون الخوض في التفاصيل، فالذي يظهر لي رجحانه هو أن التنظيمات الحكومية الخاصة بالاصطياد في البحر لا تتعارض مع أحكام الشريعة من جانبين:

الجانب الأول: أن المباحات العامة يحق للدولة تنظيمها وأن قراراتها القائمة على المصلحة التي تحظر أمراً مباحاً عاماً أو توجبه داخلة في وجوب طاعة ولي الأمر المنصوص عليها في القرآن الكريم.

الجانب الثاني: وجوب الاستئذان فيه قياساً على رأي الحنفية في إحياء الموات مطلقاً من حيث وجوب الاستئذان من الإمام (الدولة ومن ينوب عنها)، ووافق على شرط الاستئذان منه المالكية في المكان القريب من العمارة قولاً واحداً، وفي البعيد على أحد القولين[1]؛ حيث اعتبروا قول الرسول ﷺ: «**من أحيا أرضاً ميتة فهي له**»[2]، من باب أنه قاله رسول الله ﷺ بحكم كونه إماماً، وبالتالي فيجب لتحقق الإحياء أن يصدر مثل هذا الإذن من الإمام.

ومن المعلوم في هذا الباب أيضاً أن تصرفات الإمام (الدولة) منوطة بتحقيق المصلحة العامة وليست بالأهواء والمصالح الشخصية تحقيقاً للقاعدة الفقهية القاضية بأن (تصرف الإمام منوط بالمصلحة). قال السيوطي: (هذه القاعدة نص عليها الشافعي، وقال: «منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم»، قلت: وأصل ذلك ما أخرجه سعيد بن منصور في سننه بسنده عن عمر قال: «إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة ولي اليتيم»[3].

---

(١) يراجع: حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٨٥)، والحطاب (٦/ ١١ ـ ١٢).

(٢) رواه الترمذي، وصححه (١/ ٢٥٩)، وابن حبان في صحيحه، الحديث رقم ١١٣٩، وأحمد (٣/ ٣٠٤، ٣٣٨)، ورواه البخاري (٥/ ١٨)، وصححه الحافظ في التلخيص (٣/ ٦٢)، والألباني في الإرواء (٦/ ٤).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ط. دار الكتاب العربي ١٤٠٧هـ ببيروت ص٢٣٣، والخراج للقاضي أبي يوسف ص٣٦.

أما النوع الثاني: الجواهر الكريمة كاللؤلؤ والمرجان ونحوهما، وكذلك ما يستخرج منه من الطيب كالعنبر[1]، فلم أجد ـ بعد بحث جهيد ـ تناول الفقهاء بالتفصيل في أحكام الجواهر الموجودة في البحر وكذلك العنبر سوى روايات عن بعض الصحابة الكرام (رضي الله عنهم) وبعض التابعين، حيث نجد أن أوسع المذاهب في وجوب الزكاة (وهو مذهب الحنفية) لا يوجبون الزكاة في الثروة البحرية بشقيها، وكذلك بقية المذاهب الأربعة، والظاهرية[2].

ومِن قبلهم ما روى الشافعي وابن أبي شيبة عن ابن عباس أنه قال: «ليس العنبر بركاز، وإنما هو شيء دسره البحر (أي: لفظه) ليس فيه شيء»، وفي رواية أخرى: «. . .إنما هو غنيمة لمن أخذه»[3]، ومثل ذلك روى ابن أبي شيبة، وأبو عبيد عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنهم)، وعن عياش وسفيان، وعن عكرمة حيث قال: «ليس في حجر اللؤلؤ والزمرد زكاة

---

(١) العنبر هو كما قال الشافعي في الأم (٢/ ١١٤): «أخبرني عدد ممن أثق به أن العنبر نبات يخلقه الله تعالى في حشاف البحر. . . وقد زعم بعض أهل العلم: أنه لا تأكله دابة إلَّا قتلها فيموت الحوت الذي يأكله فينبذه البحر، فيؤخذ فيشق بطنه، فيستخرج منه، قال: فما نقول فيه. . . قلت: يغسل عنه شيء أصابه من أذاه، ويكون حلالاً».

وجاء في المعجم الوسيط (٢/ ٦٣٠): العنبر مادة صلبة لا طعم لها ولا ريح إلَّا إذا سحقت، أو أحرقت، يقال: إنه روث دابة بحرية. . .، أو حيوان بحري يفرز مادة العنبر، وهو من رتبة الحيتان.

(٢) الأم للشافعي (١/ ٩٦، ١٤٠، ٢/ ٤٢، ١٤٨)، والمدونة الكبرى (٢/ ٢٩٣)، والمحلى لابن حزم (٦/ ١٦٠).

(٣) مصنف ابن أبي شيبة ط. مكتبة الرشد بالرياض ١٤٠٩هـ (٢/ ٢٧٤)، والدر المنثور (٢/ ٥٧)، ورواه البخاري في صحيحه تعليقاً، فتح الباري (٣/ ٣٦٢). قال الحافظ: (وهذا التعليق وصله الشافعي. . . والبيهقي. . . وابن أبي شيبة في مصنفه) ورواه البيهقي في السنن (٤/ ١٤٦)، والأم (٢/ ١١٤).

إلَّا أن يكونا لتجارة»[1].

وبالمقابل نجد بعض الروايات عن بعض الصحابة والتابعين تدل على وجوب الخمس فيما يستخرج من البحر من اللؤلؤ والمرجان، والعنبر، فقد روى البيهقي وعبد الرزاق في مصنفه، وابن أبي شيبة من طريق طاوس قال: (سئل ابن عباس عن العنبر، فقال: «إن كان فيه شيء ففيه الخمس»)[2].

وروى البخاري تعليقاً، وابن أبي شيبة وأبو عبيد بسنده عن الحسن أنه قال: «في العنبر واللؤلؤ الخمس»، وكذلك روى مثله عن ابن شهاب الزهري[3].

وروى عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن عمر بن عبد العزيز: أنه فيه الخمس، في عدة روايات[4].

ووجدنا رأياً ثالثاً وهو رأي الأوزاعي حيث فرق بين ما يوجد في الساحل فيخمس، أو في البحر بالغوص أو نحوه، فلا شيء فيه[5].

وعلى ضوء ذلك يتحقق التملك في الجواهر الكريمة كاللؤلؤ والمرجان والعنبر ونحوها بالإحراز، مع وجوب دفع الخمس محسوماً منه النفقات التي تكبدها واجدها.

---

(١) الأموال لأبي عبيد ص٣٤٦، والمصنف (٢/ ٢٧٤).
(٢) السنن الكبرى (٤/ ١٤٦)، ومسند الشافعي (١/ ٩٦)، والمدونة (٢/ ٢٩٣)، ومصنف عبد الرزاق (٤/ ٦٤)، ومصنف ابن أبي شيبة (٢/ ٢٧٤)، وفتح الباري (٣/ ٣٦٣).
(٣) فتح الباري (٣/ ٣٦٣)، والأموال ص٣٤٦.
(٤) المصنف لابن أبي شيبة (٢/ ٢٧٤)، والمصنف لعبد الرزاق (٤/ ٦٤ ـ ٦٥).
(٥) المصادر السابقة.

ثانياً ـ إحياء الموات:

الإحياء لغة: هو جعل الشيء حيًّا، **والموات:** الأرض التي خلت من العمارة والسكان، **وقيل:** هي الأرض التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد[1].

والمقصود بإحياء الموات في اصطلاح الفقهاء: إصلاح الأرض بما يتحقق منه الغرض من إصلاحها؛ أي: عمارتها بالبناء، أو الزراعة، أو الحراثة، أو نحوها[2].

حكم الإحياء وأثره:

لا خلاف بين الفقهاء في أن إحياء الموات مشروع بل هو مطلوب في الإسلام؛ لأنه يؤدي إلى عمارة الأرض التي طلبها الله تعالى من الإنسان فقال تعالى: ﴿هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ وَٱسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾[3]، فالغرض من خلق الإنسان واستخلافه هو عمارة الأرض بعد تحقيق العبودية لله تعالى.

ويترتب على الإحياء ـ إذا توافرت شروطه ـ: الملكية التامة للأرض المحياة، وذلك لقول النبي ﷺ: «**من أحيا أرضاً ميتة فهي له**»[4].

شروط الإحياء:

اشترط في صحة إحياء الموات، وترتب آثاره عليه عدة شروط، وهي:

---

(١) يراجع: لسان العرب، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط، مادة (حي).

(٢) يراجع: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٧٧)، ومواهب الجليل (٦/ ٢)، والبجيرمي على الخطيب (٣/ ١٩٢)، والمغني (٥/ ٥٦٣).

(٣) سورة هود: الآية ٦١.

(٤) حديث صحيح رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح (١/ ٢٥٩)، وابن حبان الحديث رقم ١١٣٩، وأحمد (٣/ ٣٠٤، ٣٣٨)، قال في الاستذكار(٧/ ١٨٣)، وقال مالك: (وعلى ذلك الأمر عندنا)، قال الألباني في الإرواء (٦/ ٤): (وهو على شرط الشيخين...).

١ ـ **أن تكون الأرض غير مملوكة لأحد**؛ أي: لم يعرف لها مالك، وليس هناك أي: أثر يدل على ذلك، وهذا ما يسمى في الفقه الإسلامي (عاديّ الأرض) حيث ورد فيه حديث بلفظ: «عاديّ الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم بعد»[١].

أما إذا كانت مملوكة لأحد فلا يجوز إحياؤها، ولا يترتب عليه التملك بالإجماع[٢] للحديث الصحيح **السابق ذكره**: «وليس لعرق ظالم حق».

ولكن إذا وجدت آثار الإحياء والتملك في الأرض ولم يعرف لها مالك فهل يجوز إحياؤها؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز إحيائها لعموم الأدلة الواردة في ذلك.

في حين ذهب الشافعية وأحمد في رواية إلى أنها لا تملك بالإحياء لقول النبي ﷺ: «**من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق**»، قال عروة: (قضى به عمر في خلافته)[٣].

ولكن هذا الحديث لا يدل على المقصود بوضوح؛ لأن لفظ «ليست لأحد» يحتمل ما ذكره الجمهور، وما ذكره الرأي الثاني، لذلك فالراجح هو رأي الجمهور لما في ذلك من تعمير الأرض، وعدم تعطيلها، ولكن حق المالك الأول لا يسقط بالتقادم، ولذلك إذا جاء فيكون له الأولوية.

---

(١) رواه سعيد في سننه عن طاوس مرفوعاً، ورواه أبو عبيد في الأموال، قال الألباني في الإرواء (٦/ ٣): (ضعيف بهذا اللفظ، أخرجه أبو عبيد في الأموال ٦٧٤ من طريق معمر عن ابن طاوس عن أبيه مرفوعاً، قلت: وهذا إسناد صحيح مرسل، وأخرجه الشافعي ١٣٤٩، والبيهقي (٦/ ١٤٣)، ومعنى (عاديّ) أي نسبة إلى عاد، كناية عن التوغل في القدم وعدم وجود مالك لها.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) رواه البخاري في صحيحه (٢/ ٧١).

٢ ـ **أن تكون الأرض بعيدة عن العمران**، حيث اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز إحياء حريم المعمور، وأنه لا يملك بالإحياء، ولكنهم اختلفوا في تفسيره[١]، والذي نرى رجحانه هو أن المراد به هو كل ما تحتاجه المدينة أو القرية وأهلها لمصالحهم العامة من المراعي، وأماكن السباق، والرياضة ونحوها.

٣ ـ **أن يتم الإحياء بإذن الإمام (الدولة)**، وهذا عند أبي حنيفة مطلقاً، وعند المالكية في الأراضي القريبة قولاً واحداً، وفي البعيدة قولان. ولم يشترطه الشافعية، والحنابلة[٢] اعتماداً على عموم حديث: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له». ولكن الحنفية أولوا الحديث بأنه قاله الرسول ﷺ بحكم كونه إماماً، وليس من باب التبليغ العام، كما أن هذه الأراضي التي لا مالك لها هي ملك للدولة، وبالتالي فالحق لها في الإذن والمنع، وهو رأي وجيه يتناسب مع التنظيمات الإدارية الحالية للأراضي التي لا مالك لها.

التحجير:

لغة: وضع الحجر للمنع[٣].

وفي الاصطلاح: منع الغير من الإحياء بوضع علامة أو أحجار على الجوانب الأربعة، وكالأسلاك الشائكة المحيطة بالأرض التي لا مالك لها دون إحيائها.

وهذا العمل لا يترتب عليه الملكية، ولكن يترتب عليه الاختصاص والأولوية لمدة محدودة.

---

(١) يراجع: الفتاوى الهندية (٥/ ٣٨٧)، والتاج والإكليل (٦/ ٣)، والقليوبي وعميرة على المحلى (٣/ ٨٩)، والمغني (٥/ ٥٦٩).

(٢) المصادر السابقة، ويراجع لمزيد من التفصيل: الموسوعة الفقهية الكويتية(٢/ ٢٣٨).

(٣) لسان العرب، والقاموس المحيط، مادة (حجر).

قال ابن القاسم: لا يعرف مالك التحجير إحياءً. . . وإنما الإحياء عنده في ميت الأرض بشق الأنهار وحفر الآبار والعيون، وغرس الأشجار. . .[١].

والمدة التي يمهل في المحجر ثلاث سنوات عند الحنفية والمالكية، ولم يحددها الشافعية والحنابلة في وجه وإنما المرجع فيها للعرف[٢].

النوع الثاني

ملك العين (الرقبة) دون المنفعة

ولها صورتان، وكلتاهما في الوصية، وهما:

الصورة الأولى:

أن يوصي شخص ـ مثلاً ـ بمنفعة عين فقط من ممتلكاته لشخص لمدة عشر سنوات. فعلى ضوء هذا إذا توفي الموصي وتوافرت الشروط لصحة وصيته، فإن رقبة العين مملوكة للورثة، وأما منفعتها فمملوكة للشخص الموصى له خلال السنوات العشر، ثم بعدها تعود إلى الورثة، وحينئذ تصبح ملكيتهم للعين ملكية تامة إذا لم يوجد عارض آخر[٣].

الصورة الثانية:

هي أن يوصي شخص بمنفعة عين فقط (مثل عقار) من ممتلكاته لشخص لمدة خمس سنوات ـ مثلاً ـ ورقبتها لشخص آخر. فعلى ضوء ذلك إذا مات الموصي، وتوافرت شروط الوصية، فإن منفعة العقار (مثلاً) تكون

---

(١) الاستذكار (٧/ ١٥٨) والمصادر الفقهية السابقة.

(٢) فتح القدير (٨/ ١٣٨)، والدسوقي (٤/ ٦٩ ـ ٧٠)، ونهاية المحتاج (٥/ ٣٢٧)، والمغني (٥/ ٥٦٩).

(٣) الشيخ أبو زهرة: المرجع السابق ص٦٨، والشيخ الزرقا: المدخل (١/ ٣٤٧) والمراجع السابقة.

للشخص الأول للمدة التي حددها، وتكون رقبة العقار مملوكة للشخص الآخر، ثم بعد المدة يصبح مالكاً له ملكية تامة[1].

والقول بجواز الوصية بالمنافع وحدها هو قول جماهير الفقهاء خالفهم في ذلك ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والظاهرية حيث منعوا الوصية بالمنفعة وحدها دون رقبتها[2].

ورأي الجمهور هو الراجح الظاهر؛ لأن المنافع أموال ترد عليها الإجارة وغيرها، فكيف لا ترد عليها الوصية وهي أوسع نطاقاً وسعة وتسامحاً؟

يقول العز بن عبد السلام: (الوصايا خولفت فيها القواعد، تحصيلاً لمصالحها، نظراً إلى الأموات إذا انقطعت حسناتهم، لافتقارهم إلى رفع درجاتهم، وتكفير سيئاتهم)[3].

وقد أجاب الجمهور عن ذلك بأن ما ذكروه إنما كان صحيحاً عند الإطلاق، أما وإن الموصى قد أفرد المنفعة ووهبها لآخر فتنفذ وصيته ما دامت لم تخالف مبادىء الشريعة في ذلك، وإجازة الوصية أساساً إحسان، وتفضل من الله على عباده ليتداركوا ما بدر منهم من تقصير في باب الصدقات، أو الزيادة في الدرجات.

والموصى له بالمنفعة يملك ملكية المنفعة، حيث له الحق في الاستيفاء بنفسه، أو بغيره، إجارة أو إعارة على ضوء القواعد التي ذكرناها في الوقف[4].

---

(١) يراجع: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٥١، والبدائع (٧/٣٨٦)، والشيخ الزرقا: المدخل (١/٣٤٩)، والشيخ أبو زهرة: المرجع السابق ص٦٨ ـ ٦٩.

(٢) يراجع: بداية المجتهد (٢/٢٧٨) والمصادر السابقة، ود. العبادي: المرجع السابق (١/٢٣٦).

(٣) قواعد الأحكام (٢/١٤٧).

(٤) المراجع السابقة، ويراجع: الملكية للشيخ أبو زهرة ص٧٩ ـ ٨٠.

النوع الثالث

ملك المنفعة فقط

المنفعة لغة: هي الفائدة والخير، فيقال: نفعه أي: أفاده وأوصل إليه خيراً[1].

وقد وردت هي ومشتقاتها في القرآن الكريم كثيراً، فقال تعالى: ﴿لِّيَشۡهَدُواْ مَنَٰفِعَ لَهُمۡ﴾[2]؛ أي: منافع دنيوية، ومنافع أخروية.

فالمنفعة في القرآن الكريم وفي السنَّة النبوية الشريفة أعم من الفائدة الدنيوية، بل تشملها وتشمل المنافع الأخروية التي هي أهم وأبقى.

المنفعة في الاصطلاح: بما أن هناك تداخلاً بين المنفعة والانتفاع والحقوق المعنوية؛ نذكرها مع بيان ما بينها من أوجه التشابه والفروق.

يراد بالمنفعة في اصطلاح الفقهاء ما يقابل العين (الرقبة)، مثل: السكنى والاستخدام ونحوهما[3].

بل إن بعض الفقهاء لا يطلقونها على الأجرة نفسها وعلى ثمرة الشجرة، وصوف الشاة، ولبنها، وما ينبت في الأرض، بل يسمون هذه الأشياء غلة، قال القليوبي: (وصريح كلام النووي وكلام الشارح، وكلام السبكي المذكور أن المنفعة لا تشمل الغلة وأنها لا تسمى منفعة)[4].

وبالنظر في كتب الفقهاء نجد أن للمنفعة عندهم معنيين:

المعنى الأول: معنى عام: بحيث تشمل ملكية الانتفاع أيضاً، وبعبارة

---

(١) لسان العرب، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط، مادة (نفع).

(٢) سورة الحج: الآية ٢٨.

(٣) حاشية ابن عابدين ط. دار إحياء التراث العربي ببيروت (٣/ ٣)، وحاشية القليوبي وعميرة على شرح المحلى ط. عيسى الحلبي بالقاهرة (٣/ ١٧١).

(٤) حاشية القليوبي (٣/ ١٧١).

أخرى تطلق عليها أيضاً، وتعرف حينئذ بأنها: حق يمنح صاحبها الانتفاع بالشيء بنفسه أو بغيره، بعوض أو بدونه، وهذا توجه الحنفية، حيث لم يفرقوا بين ملكية الانتفاع، وملكية المنفعة[1].

جاء في الهداية: (والمنافع قابلة للملك كالأعيان، والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض، ثم الأعيان تقبل النوعين، فكذا المنافع)[2].

وأطلق ابن نجيم ملك المنفعة على الموقوف على السكنى، مع أنه ليس له الحق في التصرف بهذه المنفعة إلّا بنفسه ودون عوض[3].

المعنى الثاني: معنى خاص: حيث ينحصر على الحق الذي يترتب عليه ملك الانتفاع والمعاوضة، أو الانتفاع بنفسه وبغيره.

فعلى ضوء هذا تفترق ملكية المنفعة عن ملكية الانتفاع؛ لأن الأخيرة هي حق الانتفاع بالشيءبنفسه دون المعاوضة، وهذا توجه المالكية والشافعية والحنابلة[4]، قال القرافي في الفرق بينهما: (فتمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة هو أعمّ وأشمل فيباشر بنفسه، ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية، ومثال الأول سكنى المدارس والرباط والمجالس في الجوامع والمساجد والأسواق، ومواضع النسك كالمطاف والمسعى ونحو ذلك... وكالنكاح حيث هو من باب تمليك الانتفاع، لا من باب تمليك المنفعة، وكذلك الوكالة بغير عوض حيث ليس للموكل الحق في أن يهب الانتفاع لشخص آخر، وكذلك القراض

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٥٣، والملكية للدكتور العبادي (١/ ٢٣٧).
(٢) الهداية مع فتح القدير ط. مصطفى الحلبي (٧/ ١٠١).
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ط. الحلبي ص٣٥٣، ويراجع: الحاوي القدسي، مخطوطة ورقة ١٥، والدكتور العبادي: المرجع السابق (١/ ٢٤٠).
(٤) الفروق للقرافي ط. دار المعرفة (١/ ١٨٧ ـ ١٨٩)، وحاشية القليوبي (٣/ ١٧١)، والأشباه والنظائر للسيوطي ط. دار الكتاب العربي، بيروت ص٥٣٢.

حيث يقتضي عقده أن رب المال ملك من العامل الانتفاع لا المنفعة، وكذلك إذا وقف وقفاً على أن يسكن فيه، ولم يزد، فليس له إلَّا حق الانتفاع الشخصي[1].

وهذا التوجه هو الراجح، وذلك لأن الحنفية أنفسهم سلموا عند التطبيق بالفرق بينهما، وذكروا بأن بعض التصرفات لا يترتب عليها حق الانتفاع إلَّا بنفسه دون غيره، مثل الموقوف عليه السكنى[2]، وعلى ضوء ذلك فتكون التسمية بالمنفعة أو الانتفاع مجرد اصطلاح لا مشاحة فيه.

إذن التعريف المختار لملكية المنفعة هو: حق يمكن الإنسان شرعاً من الانتفاع بالشيء بنفسه وبغيره، بعوض أو بدونه.

وبعبارة أحد الفقهاء هي، إباحة شرعية في منفعة تقتضي تمكن صاحبها من الانتفاع بتلك المنفعة، أو أخذ العوض عنها من حيث هي كذلك[3].

المنفعة والإباحة:

الإباحة في عرف الأصوليين خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين تخييراً من غير بدل، وفي عرف الفقهاء تطلق على هذا المعنى، وعلى الإذن سواء أكان من الشارع، أم من الشخص، كما تطلق على الإذن العام، أو الإذن الخاص.

وقد عرَّفها الزركشي بأنها: (تسليط من المالك على استهلاك عين أو منفعة، ولا تمليك فيها)[4].

---

(١) الفروق للقرافي (١/ ١٨٧ ـ ١٨٩).
(٢) الأشباه والنظائر ص٣٥٣.
(٣) الفروق للقرافي ـ بتصرف ـ (٣/ ٢١٦).
(٤) المنثور في القواعد (١/ ٧٣).

وعرَّفها الشيخ علي الخفيف بأنها: (حق يثبت للإنسان أثراً لإذنه بأن ينتفع)[1].

والذي يعني بها هنا هو أن الإباحة بمعنى ما أذن فيه الشارع على وجه التملك كالماء والكلأ، والنار، والموات، والركاز، والمعادن، والصيد، وما أذن فيه الشارع على وجه الانتفاع كالمساجد، والطرق العامة ونحوها، وكذلك ما أذن فيه الإنسان بإباحة الانتفاع أو الاستهلاك.

فالإباحة بهذا المعنى تختلف عن (المنفعة) عند الجمهور، وذلك لأن الإباحة لا تعطي إلَّا حق الانتفاع الشخصي، ولا تعطي حق الانتفاع بغيره ـ كما سبق ـ ، في حين أن ملكية المنفعة تعطي هذا الحق لصاحبه، فالمستأجر له الحق أن يؤجر، ويعير ـ كما سيأتي ـ. ومن جانب آخر: إن الإباحة ليست تمليكاً، ولذلك لا يعتبر الضيف مالكاً لما أذن له من الطعام؛ لأنه إذا لم يأكل بقي على ملك صاحبه[2]، أما ملكية المنفعة فيترتب عليها نقل الملك إلى صاحبها، وهناك فرق آخر وهو أن الإباحة لا تؤدي إلى اللزوم في حين أن المنفعة قد تكون لازمة، قال إمام الحرمين: (ليس في الشرع إباحة تفضي إلى اللزوم. . .)[3].

وفرق آخر من حيث إن الإباحة لا ترتد بالرد، فالمباح له لا يسقط حقه بالرد[4]. في حين أن المنفعة ترتد بالرد.

أما الفرق بين الانتفاع والإباحة، فهو أن الانتفاع يتحقق به نوع من الملكية، في حين أنَّ الإباحة لا تتحقق بها ملكية.

---

(١) أحكام المعاملات ص٤٢.

(٢) انظر: تهذيب الفروق بهامش الفروق (٣/ ٢٣٤)، وحاشية ابن الشاط على الفروق (٣/ ٢١٣ ـ ٢١٤).

(٣) المنثور في القواعد (١/ ٧٥)، واستثنى الإمام النكاح إذا قلنا بأنه إباحة لا ملك فيه، ويرد عليه ما ذكره الزركشي هنا.

(٤) المنثور (١/ ٧٧ ـ ٧٨).

المنفعة وحقوق الارتفاق:

حق الارتفاق حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لشخص آخر، مثل حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل، وحق المرور ونحو ذلك.

فحق الارتفاق يختلف عن الانتفاع، أو حق الانتفاع من حيث إنه حق مقرر لعقار أو لجار، وأنه يورث، بينما الانتفاع حق مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه فلا يورث(١).

ولكن حقوق الارتفاق داخلة في ملكية المنفعة، وهي وإن كانت متعلقة بالعقار لكنها بالنظر إلى انتفاع الشخص بها فهي ملكية المنفعة، والفقهاء متفقون على أن حقوق الارتفاق مملوكة لأصحابها، لكنهم اختلفوا في ماليتها، فذهب متقدموا الحنفية إلى أنها ليست مالاً، وذهب جماهير الفقهاء إلى أنها مال، ويترتب على ذلك جواز بيعها منفردة وهبتها عند الجمهور وعدم جوازها عند الحنفية(٢) ـ كما سيأتي ـ .

المنفعة والاختصاص:

الاختصاص في عرف الفقه الإسلامي يراد به أن يختص شخص بمقعد من مقاعد السوق المباحة إذا وضع سلعته فيه، وحينئذ يقال: إنه اختص به دون غيره فليس لأحد مزاحمته. قال ابن رجب: (هو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به، ولا يملك أحد مزاحمته، وهو غير قابل للشمول والمعاوضات)(٣).

---

(١) يراجع: الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي.

(٢) يراجع: حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٢)، وفتح القدير (٥/ ٢٠٤)، ونهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (٣/ ٣٧٢، ٣٩٨)، ويراجع الملكية للشيخ علي الخفيف (١/ ٨٠)، والملكية للدكتور العبادي (١/ ١٨٧ ـ ١٨٩)، وسيأتي لذلك مزيد من التفصيل.

(٣) قواعد ابن رجب ص١٩٢.

والفرق بين مالك المنفعة والاختصاص: أن الاختصاص أوسع من الملك؛ حيث يشمل ما لا يقبل الملك أيضاً مثل الاختصاص للجلد النجس، وما يقبل الملك ولم يتملك مثل التحجير في إحياء الموات[1].

وقد ذكر العز بن عبد السلام ثمانية أنواع من الاختصاص وهي: (الاختصاص بإحياء الموات بالتحجر، والإقطاع، وبالسبق إلى بعض المباحات، وإلى مقاعد الأسواق، وبمقاعد المساجد للصلاة، والعزلة، والاعتكاف، وبالسبق إلى المدارس والربط، والأوقاف، وبمواقع النسك، كالمطاف والمسعى، وبالخانات المسبلة في الطرقات، وبالكلاب، والمحترمة من الخمور)[2].

لكن الفقهاء اختلفوا في اعتبار بعض الأشياء من قبيل الموات، أو الاختصاص، مثل الكلب، حيث ذهب الحنفية إلى أنه مال مملوك خلافاً للجمهور[3]. وإن ما ذكره فقهاء الحنابلة حول الاختصاص لا يختلف عما سبق، حيث قال ابن رجب: (حق الاختصاص، وهو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به، ولا يملك أحد مزاحمته فيه، وهو غير قابل للشمول، والمعاوضات)، ثم ذكر صورة مثل الكلب المباح اقتناؤه، والأدهان المتنجسة المنتفع بها بالإيقاد، وغيره، وجلد الميتة بالمدبوغ، ومنها مرافق الأملاك كالطرق، والأفنية، ومسيل المياه، ونحوها، هل هي مملوكة، أو يثبت فيها حق الاختصاص.

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي ط. الكويت (٣/ ٢٣٤).

(٢) قواعد الأحكام (٢/ ٨٦)، والخمر المحترمة هي: العصير الذي أريد به أن يتخلل، ولكنه تخمر، ثم يتحول إلى الخل.

(٣) يراجع: المنثور من القواعد للزركشي (٣/ ٢٣٤)، والملكية للدكتور العبادي (١/ ١٦٠ ـ ١٦٦)، ويراجع: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٣)، وحاشية الدسوقي (٣/ ١١)، والغاية القصوى (١/ ٤٦٠)، وحاشية القليوبي وعميرة (٣/ ٩٢، ١٨٠)، والمغني لابن قدامة (٤/ ١٨٩ ـ ١٩٠).

وفي المسألة وجهان: أحدهما: ثبوت حق الاختصاص فيها من غير ملك، وبه جزم القاضي وابن عقيل... والوجه الثاني: الملك، وصرح به الأصحاب في طرق وجزم به في الكل صاحب المغني، وأخذه من نص أحمد (وعلى هذا تخرج عن الاختصاص)، ومنها مرافق الأسواق، ومنها الجلوس في المساجد)[1].

والحنفية وإن كانوا لا يستعملون مصطلح (الاختصاص) غالباً، وإنما يستعملون مصطلحي (الحق) و (الاستحقاق) لكنهم لا يكادون يختلفون في الفروع عما سبق مثل الإقطاع والأسواق ونحوها[2].

الخلاصة:

إذا دققنا النظر في هذه المصطلحات السابقة، وما ذكرناه في الفروق، فنستطيع القول بأن جذورها تعود إلى طريقة نظرنا إلى الملكية؛ فإن عممنا معناها ووسعنا دائرتها لتشمل الإباحة بمعناها الفقهي، والاختصاص، والانتفاع، وحقوق المرافق، والحقوق المعنوية، فحينئذ تكون هذه الأنواع داخلة في ملكية المنفعة أو الانتفاع، أو أنها مستقلة للملكية. وكذلك الأمر في ملكية المنفعة؛ فإذا عممنا معناها لتشمل الانتفاع والاختصاص حينئذ يكون معناها: التمكن من الانتفاع مطلقاً.

أما إذا خصصنا الملكية بالتمكن من الانتفاع بنفسه وبغيره فتكون الإباحة، أو الانتفاع بمعناه الخاص غير داخلين في الملكية.

والذي يظهر لي رجحانه هو أن الملكية تشمل كل هذه الأنواع، وأن

---

(١) القواعد لابن رجب ص٢٠٤ ـ ٢٠٥.

(٢) وقد استعمل الكاساني مصطلح (الاختصاص) أيضاً فقال بخصوص بيع الكلب: (ولنا أن الكلب مال فكان محلاً للبيع كالصقر والبازي، والدليل على أنه مال: أنه منتفع به حقيقة، مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق... ثم قال: لأن شرعه يقع سبباً ووسيلة للاختصاص القاطع للمنازعة...)، بدائع الصنائع ط. زكريا يوسف القاهرة (٦/ ٣٠٠٦).

معيارها هو أن كل متموّلٍ منتفعٍ به عرفاً ومباحٍ شرعاً مالٌ ترد عليه الملكية، وأن أنواع الملكية هي الأنواع الخمسة التي ذكرناها، وأن ملكية المنفعة خاصة بالتمكن من الانتفاع من الشيء بنفسه وبغيره، ولكن الرقبة تبقى لآخر، وأن الانتفاع خاص بالتمكن من الشيء بنفسه، وحينئذ تدخل فيه الإباحة والاختصاص، والحقوق المجردة، أما الحقوق المعنوية المصحوبة بخبرة، أو بشيء معين كالتي يجوز بيعها ـ كما سيأتي ـ فلا تدخل في المنفعة بهذا المعنى الاصطلاحي ـ كما سيأتي ـ.

فالمعيار هو أن من ملك الرقبة والمنفعة فله الملكية التامة التي تعطيه الحق في جميع التصرفات المشروعة، وأن من ملك المنفعة فهو يملك الانتفاع بها بنفسه وبغيره، بعوض أو بدون عوض، وأن من ملك الانتفاع فهو يتمكن من الانتفاع الشخصي فقط دون غيره، وبذلك استوعبت الملكية جميع أنواع التمكن من الشيء.

أقسام المنافع

قسم ابن رجب المنفعة إلى نوعين:

أحدهما: ملك مؤبد:

ويندرج تحته صور: منها الوصية بالمنافع، ومنها الوقف فإن منافعه وثمراته مملوكة للموقوف عليه، وفي ملكه لرقبته وجهان معروفان، ومنها الأرض الخراجية المقرة في يد من هي في يده بالخراج يملك منافعهما على التأبيد.

ثانيهما: ملك غير مؤبد:

فمنه الإجارة، ومنافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة، ومنه ما هو مؤقت لكنه غير لازم كالعارية على وجه، وإقطاع الاستغلال[١].

---

(١) القواعد ص٢٠٩.

وقسم بعض الفقهاء المنفعة تقسيمات أخرى، قال الزركشي: (وأما العقد على المنافع فعلى ثلاثة أقسام: (منها ما هو بعوض، وهو: الإجارة، والجعالة، والقراض، والمساقاة، ومنها ما هو بغير عوض: كالوقف، والشركة، والوديعة، والعارية، ونوعان مترددان بين هذين القسمين، وهما الوكالة والقيام على الأطفال، فإنه تارة يكون بعوض، وتارة يكون بغير عوض)[1].

ثم إن المنافع منها ما يحصل قهراً كما في الميراث، ومنها ما يحصل بالاختيار، وهذا الأخير ما يحصل بالأقوال كما في العقود الواردة على المنفعة، أو بالأفعال كتناول المباحات[2].

ويتبين من خلال العرض السابق لعلاقة المنفعة في المصطلحات الأخرى، أن دائرة المنفعة عند القدامى أوسع بكثير من حصرها في بعض الأمور، ومن هنا يمكن تقسيمها باعتبار تلك الحقوق فنقول: إن هناك منفعة متعلقة بالأعيان، كما في الإجارات، ومنفعة متعلقة بالعقار لصالح عقار آخر كما في حقوق الارتفاق، ومنفعة معنوية ليس محلها مادياً وهي الحقوق المعنوية.

لذلك قسم بعض الباحثين ملك المنفعة إلى نوعين، وميزوا بينهما وهما:

الأول: ملك المنفعة الذي يكون حقًّا شخصيًّا للمنتفع، فيتبع الشخص، ولا علاقة له بعين أخرى مملوكة.

الثاني: ملك المنفعة الذي يكون حقًّا عينيًّا للمنتفع بمعنى أنه يتبع عيناً مملوكة لهذا المنتفع وينتقل بانتقالها من مالك لآخر (حقوق الارتفاق)[3].

---

(١) المنثور في القواعد (٣/ ٢٢٨).

(٢) المنثور في القواعد (٣/ ٢٣٢).

(٣) الأموال ونظرية العقد للأستاذ محمد يوسف موسى ص١٦٧، والملكية للدكتور العبادي (١/ ٢٣٨).

ويمكن تقسيم ملك المنفعة إلى ملك مستقر، وغير مستقر.

فالمستقر ما لا يحتمل السقوط بتلفه، أو تلف مقابله كالأجرة بعد استيفاء المنفعة.

وغير المستقر بخلافه كالأجرة قبل استيفاء المنفعة لتعرض ملكها للسقوط بانهدام الدار، قال الزركشي: (بل كلما مضى زمن من المدة استقر ملكه على مقابله من الأجرة)[١].

خصائص ملكية المنفعة

١ ـ إن من أهم خصائص ملكية المنفعة القدرة على الانتفاع بالشيء (بنفسه وبغيره)، وبذلك تمتاز عن ملكية الانتفاع ـ كما سبق ـ.

٢ ـ إن ملكية المنفعة تقبل التقييد بالشروط في أوجه الانتفاع وفي زمانه ومكانه كقاعدة عامة، وهي بذلك تختلف عن الملك التام؛ حيث لا يقبل التقييد في التصرف فيه، مثلاً: لا يجوز في البيع اشتراط قيد يؤثر في التصرف في المبيع بعد بيعه[٢].

٣ ـ إن الشيء المنتفع به مضمون برقبته على المنتفع، إذا قصر، أو تعدى، أو خالف الشروط، في حين أن المالك في الملكية التامة لا يضمن عليه ماله التام[٣].

٤ ـ كما أن من أهم خصائصها أن المحل في المنفعة ليس شيئاً ماديًّا، وإنما هو شيء غير مادي، وبذلك تختلف عن ملكية الرقبة والمنفعة معاً، وملكية الرقبة فقط.

---

(١) المنثور في القواعد (٣/ ٢٤٠).

(٢) يراجع: الملكية للشيخ أبو زهرة ص٨٣، والملكية للدكتور العبادي (١/ ٢٣٨)، والمصادر الفقهية السابقة.

(٣) المصادر السابقة.

وهناك خصائص أخرى للمنفعة عند بعض الفقهاء مثل كونها لا ترث عند الحنفية إلَّا حقوق الارتفاق[1]، ولا نذكرها؛ لأنها ليست محل اتفاق، كما أنها عند التحقيق لا تعتبر من الخصائص.

أسباب ملك المنفعة

حصر بعض القدامى والمعاصرين أسباب كسب ملك المنفعة في أربعة هي: الوقف، والوصية بالمنفعة، والإجارة، والإعارة[2].

وزاد ابن رجب: الخراج؛ حيث إن عقد الخراج يترتب عليه ملكية المنفعة على التأبيد، وإقطاع الاستغلال، والاشتراط في العقد باستثناء بعض منافع المبيع مدة معلومة[3].

ولكن التحقيق أن أسباب كسبها لا تنحصر فيما ذكروه، بل هي أكثر من ذلك بكثير.

ويمكن حصرها في: الأسباب القولية، والأسباب الفعلية.

ومن الأسباب القولية: الإجارة، والوقف، والوصية بالمنافع، والإعارة على رأي، والإقطاع، والاشتراط في العقد باستثناء بعض منافع العين مدة معلومة، وبشراء حقوق الارتفاق وحدها عند من يجيزها.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٨/ ١٥٠)، والملكية للشيخ أبو زهرة ص٨٣، ويراجع: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٥١.

(٢) يقول الشيخ أبو زهرة في الملكية ونظرية العقد ط. دار الفكر العربي ص٧٩: (وأما ملك المنفعة فيستفاد بأسباب أربعة. . .)، ومثله الدكتور العبادي في الملكية (١/ ٢٣٦).
وقبلهم ذكر ابن رجب الحنبلي في القواعد ص٢٠٩ قريباً من ذلك لكنه أوسع حيث قال: (ملك المنفعة. . . وهو ضربان: أحدهما مؤبد ويندرج تحته صور: منها الوصية بالمنافع. . . والوقف والأرض الخراجية. . . والضرب الثاني: ملك غير مؤبد، فمنه الإجارة، ومنافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة. . .، والإعارة. . .).

(٣) القواعد ص٢٠٩.

وكذلك الجعالة، والقراض (المضاربة)، والمساقاة، والمزارعة، والشركة، والوكالة، أسباب لكسب المنفعة[1].

إضافة إلى كسب المنفعة عن طريق الأسباب الخاصة بملك الرقبة والمنفعة، يقول الزركشي: (واعلم أن المنافع تملك بطريقين: أحدهما: أن تكون تابعة لملك الرقبة، والثاني: أن يكون ورد عليها عقد وحدها كبيع حق الممر والبناء على السقف، وكما في عقد الإجارة...)[2].

ومن الأسباب الفعلية: التصرفات التي تؤدي إلى كسب المنفعة فقط، كإحياء موات يرتبط به حقوق الارتفاق، ونحو ذلك.

ويدخل في الأسباب الفعلية: الحقوق المعنوية في نشأتها كحق المؤلف، وحق الاختراع، ونحوه مما سبق.

ومن جانب آخر يمكن تقسيم أسباب ملك المنفعة إلى قسمين:

أحدهما: ما يحصل بالاختيار بالأقوال من العقود، والإرادة المنفردة والأفعال.

والثاني: ما يحصل قهراً كما في الميراث للمنافع، ومنافع الوقف على القول بعدم اشتراط القبول في الوقف[3].

ويدخل في الأسباب القهرية: حكم القاضي بمنافع شيء، كما في قضائه في حقوق الارتفاق، وكذلك التقادم حيث هو موجب لكثير من الحقوق ومنها حقوق الارتفاق[4].

---

(١) المنثور في القواعد (٣/ ٢٢٨).
(٢) المرجع السابق (٣/ ٢٢٩).
(٣) المنثور (٣/ ٢٣١).
(٤) الملكية للشيخ أبو زهرة ص١٦٠.

أحكام عامة للمنافع

١ ـ جواز الانتفاع بالعين المنتفع بها حسب العرف.

٢ ـ توريث المنافع: يرى جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) أن المنافع تقبل التوريث، حيث يقوم الوارث في الإجارة والوصية ونحوهما مقام المورث، غير أنهم اختلفوا في الإعارة، وذلك بسبب خلافهم في كونها منفعة، أو انتفاعاً[١]، ويرى الحنفية أن المنافع المجردة من حيث هي لا تقبل التوريث[٢].

٣ ـ نفقات العين المنتفع بها: لا خلاف بين الفقهاء في أنفقات العين المنتفع بها تكون على مالك العين إن وجد كما في الإجارة[٣]، ومن غلتها إن اكتفت، أو على بيت المال كما في الوقف، ولكنهم اختلفوا في العارية والوصية بالمنفعة، فذهب الحنفية، والمالكية في قول، والحنابلة في رواية إلى أن نفقات العين المنتفع بها فيهما على المنتفع بهما. وذهب الشافعية والمالكية في قول وبعض الحنابلة في الوصية إلى أن المؤنة على مالك الرقبة[٤].

٤ ـ ضمان العين المنتفع بها: العين المنتفع بها ليست مضمونة على المنتفع بها في الإجارة والوصية، والوقف ونحوها، إلّا الإعارة عند الحنابلة

---

(١) بلغة السالك (٤/ ٥٠)، وشرح الزرقاني (٨/ ١٩٧)، ونهاية المحتاج(٥/ ١٣٠ ـ ٣١٤)، والمغني لابن قدامة (٦/ ٤٢).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٢٥)، ويراجع: الموسوعة (٦/ ٣٠٧ ـ ٣٠٨).

(٣) البدائع (٤/ ٢٠٨، ٢٠٩)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢٩٥)، وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤/ ٥٤)، وكشاف القناع (٤/ ٧١)، ويراجع: الموسوعة، في مصطلح الإجارة.

(٤) فتح القدير (٥/ ٤٣٤)، وبلغة السالك (٣/ ٥٧٦)، وكشاف القناع (٤/ ٣٧٥)، ونهاية المحتاج (٥/ ٣٠٥ ـ ٣٠٦)، والمغني (٦/ ٧٩).

حيث هي مضمونة بالقبض، وعند الشافعية إذا هلكت في غير حال الاستعمال، أو في استعمال غير مأذون فيه، وعند المالكية فيما يُغَاب عليه[1]، ومن المتفق عليه أن العين إذا هلكت بسبب التعدي، أو التقصير، أو مخالفة الشروط فإنها تكون مضمونة.

٥ ـ إنهاء ملكية المنفعة أو انتهاؤها (الفسخ):

(أ) تنتهي ملكية المنفعة بالإرادة المنفردة في عقود التبرع الواردة عليها سواء كان من قبل مالك الرقبة، أو المنتفع نفسه كقاعدة عامة على خلاف للمالكية في بعضها.

(ب) انتهاء ملكية المنفعة في الحالات الآتية:

١ ـ انتهاء المدة بدون خلاف[2].

٢ ـ هلاك المحل وما يلحق به حيث تنفسخ الإجارة والإعارة والوصية بهلاك العين المنتفع بها أو تلفها[3] واختلفوا في غصبها[4].

٣ ـ وفاة المنتفع ـ على خلاف ـ كما سبق.

تصرُّفات المنتفع في العقود وكيفيَّتها:

اتفق الفقهاء على أن المنتفع في بعض العقود له الحق في التصرف

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٣٦)، ونهاية المحتاج (٥/ ٣٠٥)، وبلغة السالك (٤/ ٤١)، والمغني (٥/ ٣٥٥، ٦/ ١١٧)، وبداية المجتهد(٤/ ٢٧٤).

(٢) البدائع (٦/ ٢١٧)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٣٩)، والخرشي (٦/ ١٢٧)، والمغني (٥/ ٣٦٥).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥/ ٨)، والشرح الصغير (٤/ ٤٩)، والمغني (٦/ ٢٥)، ونهاية المحتاج (٥/ ٣٠٠).

(٤) حاشية ابن عابدين (٥/ ٨)، ونهاية المحتاج (٥/ ٣١٨)، والشرح الصغير(٤/ ٥١)، والمغني (٦/ ٢٨ ـ ٣٠)، ويراجع: الموسوعة (٦/ ٣١٢ ـ٣١٣).

بنفسه، وبغيره، وسواء كان ذلك بأجر أم لا، واختلفوا في أشياء، لذلك نذكرها هنا بإيجاز:

أولاً ـ عقد الإجارة:

اتفق الفقهاء[١] على أن عقد الإجارة من العقود التي يترتب عليها ملكية المنفعة، فللمستأجر أن يؤجرها لغيره بشرط أن لا يختلف باختلاف المستعمل.

قال ابن نجيم: (وأما المستأجر فيؤجر ويعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل)[٢].

وقال الخطيب الشربيني: (ولعل ضابط المسألة أن يساوي ـ أي: المستأجر الثاني ـ المستأجر في الضرر بالعين المستأجرة)[٣].

ووضعت المجلة ضابطة دقيقة فنصت في المادتين (٤٢٧ و ٤٢٨)، على أن: (كل ما اختلف باختلاف المستعملين يعتبر فيه التقييد، مثلاً لو استكرى أحد لركوبه دابة ليس له أن يركبها غيره...، وكل ما لا يختلف باختلاف المستعملين، فالتقييد فيه لغو، مثلاً لو استأجر أحد داراً على أن يسكنها كان له أن يسكن غيره فيها)[٤].

ثانياً ـ العارية:

اختلف الفقهاء في العارية هل هي تمليك للمنفعة بغير عوض، وبالتالي يجوز للمستعير أن يعير إلى غيره ما لم يختلف في استعماله،

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٥٣، ويراجع: الذخيرة ط. دار الغرب الإسلامي ببيروت (٥/٤٠٥)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٥٠)، وكشاف القناع (٢/٣٠٢)، والقواعد لابن رجب ط. الأزهرية ص٢١٠.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٥٣.

(٣) المرجع السابق نفسه.

(٤) انظر: شرح المجلة لرستم باز ص٣١٤.

وهذا رأي جمهور الحنفية، والمالكية، والشافعية في وجه، والحنابلة في وجه[1].

فالإعارة في نظر هؤلاء تمليك للمنفعة، وليست إباحة، جاء في تكملة حاشية ابن عابدين: (وما في المتن «من أن الإعارة تمليك المنافع مجاناً» هو الصحيح، وهو قول عامة أصحابنا كما في الهندية عن السراج، وعليه المتون وأكثر الشروح، ويشهد لما في المتن كثير من الأحكام، من انعقادها بلفظ التمليك، وجواز أن يعير ما لا يختلف بالمستعمل، لو كان إباحة لما جاز؛ لأن المباح له ليس له أن يبيح لغيره...)[2].

وقد استدلوا بالقياس على الإجارة من حيث إنها تمليك للمنفعة، وهو يقتضي الانتفاع من العين المستعارة بنفسه وبغيره.

وذهب الكرخي من الحنفية ـ والشافعية على الأصح، والحنابلة على الراجح عندهم ـ إلى أن الإعارة إباحة الانتفاع، لذلك عرفوها بأنها إباحة الانتفاع[3]، واستدلوا بالقياس على إباحة الطعام ونحوه.

وعلى ضوء ذلك فليس للمستعير إلَّا أن يستوفي المنفعة بنفسه أو بوكيله، ولكنه ليس له الحق أن يؤجر العين المستعارة، ولا أن يعيرها، ولو أعارها أو أجرها فللمالك الرجوع بأجر المثل، وله أن يطالب من شاء منهما، وذلك لأن الأول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه، وأما الثاني فقد استوفاه

---

(١) انظر: تكملة حاشية ابن عابدين (ج ٦، ق ٢/ ٢٩٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤٣٣)، والغاية القصوى، تحقيق الدكتور علي القره داغي، ط. دار الإصلاح (١/ ٥٦٦)، وكشاف القناع (٢/ ٣٣١)، ومنتهى الإرادات (٢/ ٣١٤)، والقواعد لابن رجب ص٢١٠.

(٢) تكملة حاشية ابن عابدين (ج ٦، ق ٢/ ٢٦٩).

(٣) الغاية القصوى (١/ ٥٦٥)، وحاشية القليوبي وعميرة على المحلى (٣/ ١٧)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٢٢٠).

بغير إذنه، ولكن إن ضمن الأول رجع على الثاني؛ لأن الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه، وإن ضمن الثاني لم يرجع على الأول إلَّا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل أن يستقر الضمان على الأول؛ لأنه غرّ الثاني ودفع إليه العين على أنه يستوفي منافعها بغير عوض، وإن تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال؛ لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه(١).

والذي يظهر رجحانه ويقتضيه الميزان، ومقاصد العقدين هو القول الثاني؛ لأن قياس الإعارة على الإجارة قياس مع الفارق، فالإجارة تمليك منفعة بعوض، في حين أن الإعارة بدون عوض، كما أن العقل والعرف يقتضيان بأن المالك في الإجارة قد تحقق له أقصى مقصوده من تملك الأجرة، وحينئذ لا يختلف الأمر فيما إذا استوفى المنفعة المالك الأول أو الثاني، وأما المالك في الإعارة فهو متبرع، وحينئذ يلاحظ فيه العنصر الشخصي فالإنسان يتبرع لشخص بعينه ولا يتبرع لآخر، ولو أراد له ذلك لصرح بالإذن. وعلى كلا التقديرين لو أذن المالك للمستعير بالإجارة أو الإعارة جاز بدون خلاف(٢).

والخلاصة: أن المستعير له الحق في نظر الفريق الأول أن يعير المعار إلى غيره ما دام لا يختلف استعماله. وأما الفريق الثاني فلا يجيزون ذلك إلَّا بإذن خاص. وأما إجارته فلا يجوز اتفاقاً، قال ابن قدامة: (وليس له ـ أي: للمستعير ـ أن يؤجره؛ لأنه لم يملك المنافع، فلا يصح أن يملكها ـ أي: الإجارة ـ، ولا نعلم في هذا خلافاً)(٣).

وأما التسمية بالمنفعة أو الانتفاع فمجرد اصطلاح وقد قيل: لا مشاحة

---

(١) المغني (٥/ ٢٢٧).
(٢) المرجع السابق.
(٣) المغني (٥/ ٢٢٦).

في الاصطلاح، وإن كان الأدق في نظرنا هو تخصيص الانتفاع بالحق الشخصي فقط، والمنفعة بأوسع من ذلك.

ثالثاً ـ الوقف:

وهو لغة: الحبس، وفي اصطلاح الفقهاء: هو حبس الأصل، وجعل منفعته لشخص، أو لجهة من جهات الخير ابتداءً وانتهاءً، أو كما قال البيضاوي: (حبس الأصل، وتسبيل المنافع)[١]. ومشروعيته ثابتة بالسنَّة[٢]، والإجماع[٣].

ورقبة الموقوف مملوكة لله تعالى، أو للواقف، أو الموقوف عليه، على خلاف بين الفقهاء[٤]، ليس هذا مجال بحثه، ولكن الذي يهمنا هنا هو ملكية المنفعة في الوقف؛ حيث هي للموقوف عليه، ولكنه إذا كان غير معين كجهة خير لا يحتاج إلى قبول بالاتفاق وإنما يتم بالإرادة المنفردة.

أما إذا كان معيناً ففي اشتراط القبول رأيان:

رأي يقول باشتراط القبول؛ لأنه تبرع لآدمي معين فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية[٥].

---

(١) الغاية القصوى (٢/ ٦٤٣)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٥٩٧)، ويراجع: الإسعاف في أحكام الأوقاف لبرهان الدين الطرابلسي ط. مطبعة هندية بمصر عام ١٣٢٠هـ ص٣.

(٢) انظر: صحيح البخاري ـ مع فتح الباري ـ كتاب الوقف (٥/ ٣٩٩ ـ ٤٠٤)، ومسلم (٣/ ١٢٥٥)، وسنن النسائي (٦/ ١٩١)، وابن ماجه (٢/ ٨٠١)، والترمذي ـ مع تحفة الأحوذي ـ (٤/ ٦٢٥)، وسنن أبي داود ـ مع العون ـ (٨/ ٨١).

(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٥٩٩).

(٤) انظر: فتح القدير (٥/ ٣٧)، والإسعاف في أحكام الأوقاف ص١٢، والإشراف على مسائل الخلاف (٢/ ٨٠)، وقواعد ابن رجب ص٢٠٩، والمغني لابن قدامة (٥/ ٦٠١ ـ ٦٠٢).

(٥) يراجع لتفصيل ذلك: فتح القدير (٥/ ٤٠ ـ ٤٤)، وشرح الخرشي (٧/ ٨٨)، والروضة (٥/ ٣١٩)، والغاية القصوى (٢/ ٦٤٣)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٦٠١).

والرأي الثاني هو عدم اشتراط القبول؛ لأنه أحد نوعي الوقف فلم يشترط له القبول كالنوع الآخر، ولأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث فلم يعتبر فيه القبول كالعتق، وقد رد أصحاب هذا الرأي قياس الوقف على الهبة والوصية بأنه قياس مع الفارق، وذلك؛ لأن الوقف لا يختص الشخص المعني الموقوف عليه بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم إلَّا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم، ولا يتوقف على قبوله، أما الوصية للمعين فبخلافه[1].

ومن جانب آخر فإن الوصية يترتب عليها ملكية كاملة للموصى له، في حين أن ملكية الموقوف عليه ـ حتى للمنفعة ـ ملكية ناقصة لا يمكنه من البيع والهبة ونحو ذلك من التصرفات الناقلة للملكية التامة.

وأما منافع الموقوف ففيها تفصيل لدى الفقهاء، فالحنفية يرون أن الموقوف عليه له الحق في أن ينتفع بالاستغلال والاستعمال إلَّا إذا قيد الواقف ذلك، أو بعبارة أخرى تتحقق له ملكية المنفعة، أو الانتفاع إلَّا إذا قيده بأحدهما.

فعلى ضوء ذلك:

١ ـ إذا نص على أن للموقوف عليه أن ينتفع بالوقف كيف شاء أو أن له الاستغلال والاستعمال فله ذلك.

٢ ـ وإن أجاز أحدهما ومنع الآخر، فليس له الحق إلَّا فيما أذن له.

٣ ـ وإن نص على الاستغلال وسكت عن الاستعمال من غير إجازة ولا منع فقد اختلف فقهاء الحنفية؛ حيث ذهب فريق منهم إلى أنه يملك الاستعمال أيضاً؛ لأن من ملك أن يملك المنفعة لغيره بعوض يملكها فيملك

---

(١) يراجع: المغني لابن قدامة (٥/ ٦٠١)، ويراجع لمزيد من التفصيل: مبدأ الرضا في العقود للدكتور علي القره داغي، ط. دار البشائر الإسلامية (٢/ ١٠٣٧).

الاستعمال بطريق أولى. في حين ذهب أكثرهم إلى أنه لا يملك ذلك ما دام لم ينص عليه.

٤ ـ أما إذا نص على الاستعمال فقط دون الاستغلال فلا يحق له الاستغلال قولاً واحداً.

٥ ـ وإن لم ينص على الاستغلال ولا على الاستعمال، وإنما ترك ذلك مطلقاً فإنه ينصرف الإطلاق إلى الاستغلال، فكأنه نص عليه، وذلك مبني على القاعدة الأصولية القاضية بأن «المطلق ينصرف إلى الفرد الكامل»[١].

وعند المالكية: أن الواقف لو وقف عقاراً ليسكن فلان، أو قال وقفت على السكنى، لم يكن للموقوف عليه إلَّا السكنى، وليس له حق تأجيره لآخر، قال القرافي: (وإذا وقف وقفاً على أن يسكن، أو على السكنى ولم يزد على ذلك فظاهر اللفظ يقتضي أن الواقف إنما ملك الموقوف عليه الانتفاع بالسكنى دون المنفعة، فليس له أن يؤجره غيره، ولا يسكنه، وكذلك إذا صدرت صيغة تحتمل تمليك الانتفاع، أو تمليك المنفعة ـ وشككنا في تناولها للمنفعة ـ قصرنا الوقف على أدنى الرتب، وهي تمليك الانتفاع دون المنفعة، فإن قال في لفظ: ينتفع بالعين الموقوفة بجميع أنواع الانتفاع؛ فهذا تصريح بتمليك المنفعة، أو يحصل من القرائن ما يقوم مقام هذا التصريح من الأمور العادية أو الحالية؛ فإنا نقضي بمقتضى تلك القرائن. ومتى حصل الشك وجب القصر على أدنى الرتب؛ لأن الأصل بقاء الأملاك على ملك أربابها والنقل والانتقال على خلاف الأصل، فمتى شككنا في رتب الانتقال حملناه على أدنى الرتب إبقاءً للأصل)[٢].

ونص الشافعية على أن منافع الموقوف عند الإطلاق ملك للموقوف عليه يستوفيها بنفسه وبغيره بإعارة وإجارة، إلَّا إذا كان الواقف قد قيد وقفه

---

(١) الملكية ونظرية العقد للشيخ أبو زهرة ص٨٠ ـ ٨١.

(٢) الفروق.

بأن يكون الانتفاع به لسكنى فقط، فحينئذ يتوقف عليه، قال النووي: (فوائد الوقف ومنافعه للموقوف عليه، يتصرف فيها تصرف الملاك في الأملاك، فإن كان شجرة ملك الموقوف عليه ثمارها، ولا يملك أغصانها، إلَّا فيما يعتاد قطعه كشجر الخلاف فأغصانها كثمر غيرها، وإن كان الموقوف بهيمة ملك صوفها، ووبرها ولبنها قطعاً، ويملك نتاجها أيضاً على الأصح كالثمرة...)، ثم قال: (المنافع المستحقة للموقوف عليه يجوز أن يستوفيها بنفسه، ويجوز أن يقيم غيره مقامه بإعارة أو إجارة، والأجرة ملك له، هذا إذا كان الوقف مطلقاً، فإن قال: وقفت داري ليسكنها من يعلم الصبيان في هذه القرية، فللمعلم أن يسكنها، وليس له أن يسكنها غيره بأجرة، أو بغيرها، ولو قال وقفت داري على أن تستغل وتصرف غلتها إلى فلان تعين الاستغلال، ولم يجز له أن يسكنها)(١).

ولا يختلف الأمر عند الحنابلة(٢).

ولا يخفى أن المذاهب الفقهية جميعها قد اعتمدت شروط الواقف وقيوده المعتبرة، حيث يجب الالتزام بها، وإنما الخلاف عند الإطلاق، هل يترتب عليه حق الاستغلال والاستعمال ـ أي: حق المنفعة، والانتفاع ـ أو يترتب عليه حق الاستعمال فقط (حق الانتفاع)؟

وهذان الأمران مرتبان على قاعدة أصولية، وقاعدة فقهية:

فالقاعدة الأصولية تقضي بأن المطلق ينصرف عند إطلاقه إلى الفرد الكامل، وهذا يعني حق المنفعة وحق الانتفاع، وهذا ما أخذ به الجمهور.

وأما القاعدة الفقهية فهي أنه «متى حدث شك في رتب الانتقال حمل على أدنى الرتب إبقاءً للأصل»، وبهذه أخذ المالكية.

---

(١) الروضة (٥/ ٣٤٢، ٣٤٤)، والغاية القصوى (٢/ ٦٤٨).

(٢) يراجع: كشاف القناع (٢/ ٤٤٨)، والقواعد لابن رجب ص١٩٤ و٢٠٩، ويراجع أيضاً: الملكية للشيخ أبو زهرة ص٨١ ـ ٨٢، والملكية للدكتور العبادي (١/ ٢٣٧).

وكذلك يعود الخلاف في دلالات صيغ العقد والقرائن المحيطة بها، على أي شيء تدل؟ هل تدل على الاستعمال فقط أم على الاستغلال فقط؟ وهل ذكر الاستغلال يدل على جواز الاستعمال؟ وهكذا.

رابعاً: الأرض الخراجية المقرة في يد من هي في يده بالخراج:

حيث يملك منافعها على التأبيد[1].

خامساً: منافع البيع المستثناة في العقد مدة معلومة:

حيث لصاحبها الحق في الانتفاع بها بنفسه وبغيره[2].

سادساً: إقطاع الاستغلال:

حيث لصاحبه ذلك الحق أيضاً[3].

محل التصرُّفات والعقود الواردة على المنافع:

إن محل التصرفات والعقود الواردة على المنافع، إما الإنسان أو غيره:

أولاً ــ التصرفات التي يكون محلها منافع الإنسان:

وذلك كما في إجارة الأشخاص إجارة معينة أو في الذمة، وكما في المضاربة، والمساقاة، والمزارعة، حيث العقود واردة فيها على منافع المضارب، والمساقي والمزارع في الجملة، وكذلك الأمر في الشركة من حيث الجملة.

يقول الزركشي: (وأما العقد على المنافع فعلى ثلاثة أقسام: منها ما هو بعوض وهو الإجارة والجعالة والقراض والمساقاة والمشاركة، ومنها ما هو بغير عوض كالوقف والشركة، والوديعة والعارية، وحفظ اللقيط، ونوعان

---

(١) القواعد لابن رجب ص٢٠٩.

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) المرجع السابق نفسه.

مترددان بين هذين القسمين، وهما الوكالة والقيام على الأطفال، فإنه تارة يكون بعوض وتارة بغير عوض، ومنها المسابقة والمناضلة وهي قسم منفرد[1]، إذ المراد تمليك المنفعة)[2].

ثانياً ـ التصرفات الواردة على منافع غير الإنسان:

وهي تشمل:

١ ـ **الإجارة على الأعيان بكافة صورها**، سواء كانت معينة عند العقد، أو موصوفة في الذمة، ثم التصرف من قبل المستأجر بتأجير العين أو إعارتها ـ كما سبق ـ .

٢ ـ **وقف المنفعة والتصرف فيها من قبل الموقوف عليه** ـ كما سبق ـ بالإجارة أو نحوها[3].

٣ ـ **الوصية بالمنفعة**، ثم تصرف الموصى له فيها ـ كما سبق ـ وإجراء عقد الإجارة عليها، أو إعارتها[4].

٤ ـ **إجارة المنافع المستثناة في عقد البيع خلال الفترة نفسها**[5].

٥ ـ **إجارة الأرض الخراجية**، قال ابن رجب: (ومنها إجارة أرض العنوة الخراجية، والمذهب صحتها، وهو نص أحمد، ولكن استحب المزارعة فيها على الاستئجار)[6].

٦ ـ **إعارة العارية المؤقتة** إذا قبل بلزومها وملك المنفعة فيها على الخلاف السابق الذي ذكر.

---

(١) إشارات إحدى النسخ إلى أنه القسم الرابع، المنثور (٣/ ٢٢٨).
(٢) المنثور (٣/ ٢٢٨).
(٣) القواعد لابن رجب ص٢١٠.
(٤) المرجع السابق نفسه.
(٥) المرجع السابق نفسه.
(٦) المرجع السابق ص٢١٠ ـ ٢١١.

٧ ـ **إجارة إقطاع الاستغلال** التي موردها منفعة الأرض، دون رقبتها حيث قال الشيخ تقي الدين: (يجوز، وجعل الخلاف فيه مبتدعاً، وقرره بأن الإمام جعله للجند عوضاً عن أعمالهم فهو كالمملوك بعوض؛ لأن إذنه في الإيجار عرفي فجاز، كما لو صرح به)[١].

٨ ـ **إسقاط المنافع بمقتضى العقد**، حيث للمنتفع في إسقاط حقه من المنفعة حسب العقد، أو بالإقالة، أو بالتعويض[٢].

٩ ـ **الصلح على المنافع والتنازل عنها بعوض، أو بغير عوض**[٣].

١٠ ـ **جعل المنفعة مهراً** حيث هو جائز ـ كما سبق ـ .

١١ ـ **بيع المنافع المجردة، أو الاعتياض عنها**، ويظهر هذا الخلاف في حقوق الارتفاق ونحوها مما يسمى الحقوق المجردة.

بيع الحقوق المجردة:

والمشهور عند الحنفية ومن وافقهم أن هذه الحقوق لا يجوز بيعها، ولكن يجوز الاعتياض عنها في حين أن بقية الفقهاء أطلقوا جواز بيعها على تفصيل نذكره.

وسبب الخلاف في هذا يعود إلى تعريف البيع عند الفريقين؛ حيث خصص الحنفية البيع بمبادلة المال ـ أي: الأعيان دون المنافع ـ بالعين.

وأما الجمهور، وبالأخص الشافعية والحنابلة فعقد البيع عندهم شامل أيضاً لبيع المنفعة على التأبيد، قال البيضاوي: (البيع تمليك عين أو منفعة على التأبيد بعوض مالي)[٤]، وقال الخطيب بعد ذكر هذا التعريف:

---

(١) القواعد لابن رجب ص٢١٠.

(٢) الموسوعة (١٨/ ٢٩).

(٣) يراجع: شرح الزرقاني على مختصر خليل (٦/ ٢).

(٤) الغاية القصوى بتحقيق الدكتور علي القره داغي (١/ ٤٥٥).

(فدخل بيع حق الممر ونحوه، وخرجت الإجارة بقيد التأبيد، فإنها ليست بيعاً)[1].

وعرف الحنابلة البيع بأنه مبادلة عين مالية، أو منفعة مباحة مطلقاً ـ بأن لا تختص إباحتها بحال دون آخر كممر دار، أو منفعة كحفر بئر ـ بإحداهما؛ أي: بعين مالية، أو منفعة مباحة مطلقاً[2].

والمالكية أيضاً أجازوا بيع حق التعلي، وحق غرز الخشب على الجدار.

يقول الدردير: (وجاز بيع هواء ـ بالمد أي: فضاء (فوق هواء) ـ بأن يقول شخص صاحب أرض: بعني عشرة أذرع مثلاً فوق ما تبنيه بأرضك (إن وصف البناء) الأسفل والأعلى لفظاً أو عادة للخروج من الجهالة والغرر، ويملك الأعلى جميع الهواء الذي فوق بناء الأسفل)، وعلق الدسوقي عليه فقال: (وأما هواء فوق أرض كأن يقول إنسان لصاحب الأرض: بعني عشر أذرع من الفراغ الذي فوق أرضك، أبني فيها بيتاً فيجوز، ولا يتوقف الجواز على وصف البناء، إذ الأرض لا تتأثر بذلك، ويملك المشتري باطن الأرض)، ثم قال الدردير: (وجاز عقد على (غرز جذع) أي جنسه فيشمل المتعدد (في حائط) الآخر بيعاً أو إجارة. . . (وهو مضمون) أي: لازم البقاء محمول على التأبيد فيلزم البائع، أو وارثه أو المشتري منه إعادة الحائط إن هدم، ويستمر ملك موضع الجذع للمشتري، أو وارثه، وأما إن حصل خلل في موضع الجذع فإصلاحه على المشتري، إذ لا خلل في الحائط (إلَّا أن يذكر العاقد حين العقد مدة معينة لذلك فإجارة تنفسخ بانهدامه)[3].

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٣)، والغاية القصوى (١١/ ٤٦٠).

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٤٠)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٤/ ٢٦٠).

(٣) الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي (٣/ ١٤ ـ ١٥)، ويراجع: شرح الخرشي (٥/ ٤).

وقال المواق: (ويجوز في قول مالك شراء طرق في دار رجل، وموضع جذوع من حائط يحملها عليه إذا وضعها)[1].

وفي المدونة تصريح بجواز بيع الشرب ونحوه[2].

وصرح الزرقاني بأن بيع المنفعة من أقسام البيوع[3].

أما الحنفية فتعريف البيع عندهم هو: مبادلة المال بالمال، والمال عند متقدميهم هو: العين دون المنفعة ـ كما سبق ـ ، وصرحوا كذلك بعدم جواز بيع المنافع والحقوق المجردة[4]، ولكن لديهم تفصيل في بعضها؛ حيث اختلفوا في بيع حق المرور على روايتين أحدهما: رواية الزيادات، وهي عدم الجواز، والأخرى رواية كتاب القسمة وهي الجواز، قال ابن عابدين: (وبه أخذ عامة المشايخ)، قال السائحاني: (وهو الصحيح وعليه الفتوى)[5].

وأما حق التعلي فلا يجوز بيعه وكذلك حق المسيل لا يجوز بيعه عندهم[6].

وكذلك اختلفوا في بيع حق الشرب، حيث إن ظاهر الرواية أنه لا يجوز، ولكنه جوزه كثير من المشايخ بناء على العرف، يقول الإمام السرخسي: (بيع الشرب فاسد، فإنه من حقوق المبيع بمنزلة الأوصاف، فلا يفرد بالبيع، ثم هو مجهول في نفسه غير مقدور التسليم؛ لأن البائع

---

(١) التاج والإكليل للمواق بهامش الحطاب (٤/ ٢٧٥).

(٢) المدونة الكبرى (١٠/ ١٢١).

(٣) حيث قال في الشرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٢٥٠): (البيوع جمع بيع، وجمع لاختلاف أنواعه كبيع العين، وبيع الدين، وبيع المنفعة).

(٤) يراجع: بحث الشيخ تقي العثماني: بيع الحقوق المجردة، بحث قدم إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عام ١٩٨٨م.

(٥) حاشية ابن عابدين (٤/ ١٣٢)، وفتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٥/ ٢٠٤ ـ ٢٠٦).

(٦) فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٥/ ٢٠٤).

لا يدري أيجري ماء أم لا؟ وليس في وسعه إجراؤه)، ثم قال: (وكان شيخنا الإمام يحكي عن أستاذه أنه كان يفتي بجواز بيع الشرب بدون الأرض، ويقول: هو عرف ظاهر في ديارنا (بنسف) فإنهم يبيعون الماء)[1].

الاعتياضُ عنها عن طريق الصلح:

ذكر العلامة خالد الأتاسي شارح المجلة أنه إذا كانت الحقوق المجردة لا يجوز بيعها عند الحنفية فإنهم يجيزون الاعتياض عنها عن طريق الصلح حيث قال: (وعلى ما ذكروه من جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة بمال ينبغي أن يجوز الاعتياض عن حق التعلي، وعن حق الشرب، وعن حق المسيل بمال؛ لأن هذه الحقوق لم تثبت لأصحابها لأجل دفع الضرر عنهم، بل يثبت لهم ابتداءً بحق شرعي)[2].

والخلاصة: أن المنافع يجوز بيعها عند الجمهور، على ضوء التفصيل السابق، وأن الحنفية لم يجيزوا بيع المنافع المجردة وإن اختلفوا في بعضها، فأجازوا بيع بعضها ما دام ثابتاً في المال لصاحبه أصالة، وقابلاً للانتقال ومنضبطاً بالضبط، وجرى به عُرف التجار[3].

وقد سبق أن ذكرنا قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة القاضي بجواز التصرف في الاسم التجاري، أو العنوان التجاري أو نحو ذلك بالبيع ونحوه.

١٢ ـ المرابحة في المنافع (التأجير من الباطن) وذلك يتم من خلال صورتين:

(أ) أن يتفق شخص مع أحد المصارف الإسلامية على شراء شيء،

---

(١) المبسوط (١٤/ ١٣٥، ١٣٦).

(٢) شرح المجلة للأتاسي (٢/ ١٢١).

(٣) الشيخ تقي العثماني، بحثه السابق.

ثم تأجيره عليه سواء كان تأجيراً عادياً[1]، أو تأجيراً منتهياً بالتمليك، ويقوم المستأجر بعد ذلك بتأجيره لشخص آخر بمبلغ آخر.

(ب) أن يتفق مالك عقار أو نحوه على بيع عقاره لأحد المصارف (أو أحد الأشخاص) ويتم البيع فعلاً، ثم يؤجره للمالك بمبلغ معين، فهذا جائز عند المالكية والشافعية والحنابلة[2]، في حين ذهب الحنفية في الأصح المفتى به عندهم إلى عدم جواز إعادة التأجير للمالك[3]، والمرابحة تتحقق هنا إذا قام المالك بتأجير العقار المذكور لجهة أخرى.

وقد تتحقق المرابحة في المنافع أيضاً بأن يقوم البنك بتأجير عمارة ـ مثلاً ـ نقداً، ثم يؤجرها لشخص آخر بمبلغ أكثر من المبلغ المدفوع عن طريق أقساط مريحة، أو أجرة آجلة يدفعها المستأجر بعد سنتين أو أكثر ـ مثلاً ـ .

النوع الرابع

ملك الانتفاع، والفرق بينه وبين المنفعة

الانتفاع هو: (حق المنتفِع في استعمال العين، والاستفادة منها ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبتها مملوكة)[4].

وهو يستعمل غالباً مع لفظ (حق) فيقال: «حق الانتفاع»، ويراد به الحق الخاص بشخص المنتفع غير القابل للانتقال إلى الغير.

وقد يستعمل مع لفظي (ملك وتمليك)[5].

---

(١) يراجع: مصطلح الإجارة في الموسوعة.

(٢) يراجع: الحطاب (٥/ ٤١٧)، وحاشية الدسوقي (٤/ ٩ ـ ١١)، والمهذب (١/ ٤١٠)، والمغني (٥/ ٤٧٨)، ومنتهى الإرادات (٢/ ٣٦١).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥/ ١٨)، والفتاوى الهندية (٤/ ٤٢٥).

(٤) مرشد الحيران، مادة (١٣).

(٥) الفروق للقرافي (١/ ١٨٧)، ويراجع: الموسوعة (٦/ ٢٩٨).

وقد سرد الفقهاء أمثلة كثيرة لهذا الحق، قال ابن رجب: (وله صور متعددة، منها: **ملك المستعير**، فإنه يملك الانتفاع، لا المنفعة إلَّا على رواية ابن منظور عن أحمد أن العارية المؤقتة تلزم، كذا قال الأصحاب. ويمكن أن يقال: لزوم العارية المؤقتة إنما يدل على وجوب الوفاء ببدل الانتفاع، لا على تمليك المنفعة.

ومنها المنتفع بملك جاره: مِنْ وضعِ خشبٍ أو ممر في دار ونحوه.

ومنها إقطاع الإرفاق لمقاعد الأسواق (وهو الذي يسمح بالقعود في السوق للبيع) ونحوه.

ومنها الطعام في دار الحرب قبل حيازته، يملك الغانمون الانتفاع به بقدر الحاجة، وقياسه الأكل من الأضحية، والثمر المعلق، ونحوه.

ومنها أكل الضيف لطعام المضيف، فإنه إباحة محضة لا يحصل به الملك بحال على المشهور عندنا، وعن أحمد رواية بإجزاء الطعام في الكفارات، وينزل على أحد القولين: إما أن الضيف يملك ما قدم إليه، وإن كان ملكاً خاصًّا بالنسبة إلى الأكل، وإما أن الكفارة لا يشترط فيها تمليك. . .)[1].

التطبيقات المعاصرة لحق الانتفاع:

من أهم التطبيقات المعاصرة للحقوق المجردة أو حق الانتفاع ما يأتي:

١ ـ الحقوق الناتجة من البطاقات الشخصية الخاصة بالمواطنين في بعض الدول، حيث تعطي حق التملك وحق الاكتتاب في الأسهم، فهل يجوز بيعها لآخر بمبلغ من المال؟

---

(١) القواعد لابن رجب ص٢٠٩ ـ ٢١٠. قال القرافي في الذخيرة (٥/٤٠٦): (فرق أصحابنا وغيرهم من العلماء بين ملك المنفعة حتى يعاوض عليها، فلا يجوز لأحد أن يؤاجره بيت المدرسة، أو موضع الجلوس في المسجد؛ لأن الشرع أو الواقف إنما جعل له الانتفاع بنفسه فقط، وغير ذلك غير مأذون فيه).

فالجواب الصحيح هو القول بعدم الصحة والجواز؛ لأنها حق شخصي وليس حقًّا ماليًّا، وأنَّ القانون يمنع ذلك، وبالتالي لم يبق فيه أي حق مالي.

٢ ـ السجل التجاري للمواطنين، حيث لا يجوز بيعه أو تأجيره.

والحل في هاتين الحالتين الدخول عن طريق المشاركة مع اشتراط نسبةٍ أكبر لصاحب السجل، أو البطاقة، وبالنسبة للسجل التجاري يمكن أن يوجد معه محل بسعر أكبر تأجيراً من الباطن.

الفرق بين المنفعة والانتفاع:

إن بعض الفقهاء (جمهور الحنفية) لم يفرقوا بين المنفعة والانتفاع ـ كما سبق ـ ، في حين أن جمهور الفقهاء فرقوا بينهما بعدة فروق يمكن تلخيصها فيما يأتي:

أولاً ــ من حيث الأسباب:

فأسباب المنفعة هي: الإجارة، والإعارة، والوقف ونحوها.

في حين أن سبب **الانتفاع** ينحصر في: الاضطرار، والإباحة.

ثم الإباحة تشمل:

١ ـ **الإباحة الشرعية العامة**، مثل أن يرد نص خاص يدل على حل الانتفاع للجميع، كما في قول النبي ﷺ: «**المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار**»[1].

(١) الحديث بهذا اللفظ صحيح، كما قال الألباني في الإرواء (٦/ ٧)، رواه: أبو داود الحديث رقم ٣٤٧٧، وأحمد (٥/ ٣٦٤)، والبيهقي (٦/ ١٥٠)، وكذلك لفظ: «ثلاث لا يمنعن: الماء والكلأ والنار»، رواه: ابن ماجه حديث رقم ٢٤٧٣ بإسناد صحيح كما قال الحافظ في التلخيص، والبوصيري في الزوائد (١/ ١٥٣)، وأما بلفظ: «الناس شركاء» فضعيف. انظر: إرواء الغليل للألباني ط. المكتب الإسلامي (٦/ ٦).

٢ ـ **والإباحة الأصلية**، وذلك بأن لم يرد نص خاص في الموضوع فيبقى على أصل الإباحة العامة مثل: الانتفاع بالشمس، والقمر، والهواء، وبالشوارع والطرق العامة، ونحو ذلك مما لا يملكها أحد من الناس، ولا يضر بالعامة[١].

٣ ـ **والإباحة من مالك**، وذلك بأن يبيح الانتفاع بعين من الأعيان المملوكة بالاستهلاك، كإباحة الطعام والشراب في الولائم، والضيافات، أو بالاستعمال كما لو أباح له استعمال شيء معين، ففي هذه الحالات لا يتجاوز هذا الحق الشخصي المباح له، حيث لا يملك أن يبيحه لغيره[٢].

ثانياً ـ من حيث القوة والضعف:

فحق الانتفاع حق ضعيف قاصر على الشخص نفسه.

بينما **حق المنفعة** أقوى؛ حيث يملك صاحبها الانتفاع بنفسه، أو بغيره، بعوض، أو بدون عوض[٣].

يقول السيوطي: (وقد يملك الانتفاع دون المنفعة كالمستعير. . . وكالموصي بخدمة عبده، وسكنى داره، فإن ذلك إباحة له، لا تمليك، وكذا الموقوف على غير معين كالربط، والطعام المقدم للضيف)، ثم ختم كلامه بضابطة وهي: (كل من ملك المنفعةفله الإجارة والإعارة، ومن ملك الانتفاع فليس له الإجارة، ولا الإعارة في الأصح)[٤].

غير أن الفقهاء اختلفوا فيما يتحقق فيه حق المنفعة، أو الانتفاع، فمثلاً

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٨٢ ـ ٢٨٤)، ويراجع: نهاية المحتاج (٥/ ٣٣٩).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ٣٤٤)، وبلغة السالك (٢/ ٥٢٩)، والمغني لابن قدامة (٧/ ٢٨٨)، ويراجع: الموسوعة (٦/ ٣٠١).

(٣) يراجع: مصطلح (الانتفاع) في: الموسوعة (٦/ ٢٩٨).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٣٢.

أدخل بعضهم ـ منهم العلائي ـ الإقطاع في ملك الانتفاع، وحينئذ ليس للمقطع الحق إلّا الانتفاع به دون تأجيره وإعارته إلّا أن يأذن الإمام أو يستقر العرف بذلك كما في الإقطاعات، ويدل عليه: أن الإمام له الحق في الاسترجاع منه متى شاء، في حين أفتى بعضهم ـ منهم النووي ـ بصحة إجارة الإقطاع[1].

ثالثاً ـ العلاقة بين الانتفاع والمنفعة:

يمكن القول بأن العلاقة بين (المنفعة) و (الانتفاع) هو العموم والخصوص المطلق من حيث السبب والاستعمال، فكل سبب أدى إلى حق المنفعة أدى إلى حق الانتفاع أيضاً، وليس العكس؛ فعقد الإجارة يؤدي إلى أن يترتب عليه حق المنفعة والانتفاع، ولكن الإباحة الأصلية مثلاً لا يترتب عليها إلّا حق الانتفاع ـ كما سبق ـ.

النوع الخامس

ملك الحقوق

الحقوق لغة من الحق بمعنى الثبوت، وضد الباطل، ونحو ذلك[2].
وفي اصطلاح الفقهاء، عرف بعدة تعريفات.

فقد عرفه القاضي المروزي الشافعي (ت٤٦٢هـ) بأنه: (اختصاص مظهر فيما يقصد له شرعاً)[3]. وعرفه الشيخ علي الخفيف بأنه: (مصلحة مستحقة شرعاً)[4]، هذا يعني أن الحق عبارة عن منفعة مادية أو معنوية. ويقرب منه

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٣٢.
(٢) يراجع: لسان العرب، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط، مادة (حق).
(٣) طريقة الخلاف بين الشافعية والحنفية، مخطوطة دار الكتب المصرية ص١٥٠.
(٤) الحق والذمة للشيخ علي الخفيف ط. وهبة ١٩٤٥م ص٣٦، وأحكام المعاملات الشرعية ص٣٠ ـ ٣٣.

تعريف الأستاذ السنهوري[١]، وتعريف الدكتور محمد يوسف موسى[٢]. في حين عرفه الدكتور فتحي الدريني بأنه: (اختصاص يقرّ به الشرع على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر؛ تحقيقاً لمصلحة معينة)[٣]. وقبله عرفه الأستاذ الزرقا بأنه: (اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً)[٤].

والتعريف الجامع في نظرنا للحق هو: (اختصاص أقره الشرع نصًّا أو استنباطاً).

ويلاحظ أن هذا التعريف لم يبين للحق صاحبه، وهذا مقصود حتى يشمل كل من ثبت له الحق وهو الله تعالى، الحق وصاحب الحق ومالكه، وواهبه، ثم الإنسان، والحيوان، حتى البيئة والجماد، ولكن هذه الحقوق تعرف بالمضاف إليه، فيقال حق الله تعالى، أو حق الإنسان، أو حق الحيوان، أو حق البيئة.

ومن جانب آخر فإن الحق هو وسيلة للمصلحة، وليس المصلحة نفسها، وذلك لأن لفظ الاختصاص يعني الارتباط بين الحق وصاحبه، وحينما يثبت له ذلك يتحقق له المصلحة من الحماية ونحوها[٥].

وقولنا: (أقره الشرع نصًّا أو استنباطاً) يفهم منه أن مصدر إثبات الحق هو الشرع، ولكن قد يكون ذلك عن طريق النص عليه، أو عن طريق الاجتهاد بأية طريقة من طرق الاجتهاد من القياس والعرف، والاستصلاح، والاستحسان ونحوها، وبعبارة أخرى أن لا يكون هذا الحق متعارضاً مع نص شرعي أو إجماع ثابت.

---

(١) مصادر الحق: الدكتور السنهوري (١/ ١٤)، ويراجع: الدكتور الصديق: نظرية الحق ص١٣.

(٢) الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص٢١١.

(٣) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، للدكتور فتحي الدريني، ط. دمشق ص١٩٣.

(٤) المدخل الفقهي العام، للأستاذ الزرقا (٣/ ١٠).

(٥) يراجع: الدكتور الدريني: المرجع السابق نفسه.

تقسيمات الحقوق

وعلى ضوء هذا المعنى العام للحق، يقسم الحق عدة تقسيمات:

التقسيم الأول للحقوق: باعتبار المضاف إليه، أو صاحبها:

حيث يقسمها الفقهاء إلى أربعة أقسام:

١ ـ حقوق الله الخالصة:

وهي تشمل:

(أ) **العبودية لله تعالى**: من الإيمان به، وتوحيده توحيداً خالصاً، والإيمان بكل ما أنزله من الكتب، والرسل الذين أرسلهم، وبكل ما أمر به من الإيمان باليوم الآخر.

وتشمل العبودية في جانبها العملي: العمل بالأركان وتنفيذاً لأوامره، وانتهاءً عما نهى عنه، وعدم تجاوز حدود الله تعالى، فجميع التكاليف الشرعية حق الله من جهة أن من حق الله تعالى على عباده أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً، كما قال الشاطبي[١]، بل إن بعض الأصوليين قد عرفوا حق الله تعالى بأنه: (متعلق أمره ونهيه، وهو عبادته)[٢]، قال تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾[٣].

(ب) **ما يتعلق بالحق العام والنفع العام**، مثل الحدود أي: العقوبات المقدرة في الشرع مثل القصاص، وحدود الردة، والسرقة، والشرب، والقذف، والحرابة، والبغي، والتعزيرات، والعقوبات القاصرة مثل حرمان القاتل عن الإرث، ونحو ذلك. وكذلك تشمل جمع الخراج والعشور (أي: الضرائب) التي تفرض على التجارة الدولية، والكفارات،

---

(١) الموافقات للشاطبي (٢/ ٣١٦).

(٢) إدرار الشروق على أنوار الفروق (١/ ١٤٠)، والمجموع (٢٠/ ١٢).

(٣) سورة الذاريات: الآية ٥٦.

وخمس الغنائم، والأمانات، وجميع ما يتعلق بحق المجتمع؛ أي: ما عدا الحق الخاص[1].

فهذه الحقوق وإن كان المقصود منها تحقيق العبودية لله تعالى والخضوع له، والحب له، وتنفيذ أوامره ونواهيه، لكنها في مآلاتها تستهدف إصلاح الإنسان ظاهره وباطنه، وسره وعلانيته، بجميع الوسائل من المبشرات والمنذرات الدنيوية، والأخروية ليكون صالحاً لتحقيق الرسالة التي خلق الله الإنسان لتحقيقها وأدائها، وهي الاستخلاف، وتعمير الأرض على ضوء منهج الله تعالى ـ كما سبق ـ .

٢ ـ حقوق الإنسان الخالصة:

وهي المصالح الخاصة من الملكية، وما ثبت له من أثمان وديون وضمان المتلفات ونحو ذلك.

٣ ـ ما اجتمع فيه الحقان، ولكن كان حق الله فيه هو الغالب:

كحد القذف عند جماعة من الفقهاء (الحنفية ما عدا أبا يوسف، ومالك في قول)[2].

٤ ـ ما اجتمع فيه الحقان، ولكن حق العبد هو الغالب:

مثل حد القصاص.

---

(١) كشف الأسرار (٤/ ١٣٥)، ود. فتحي الدريني: المرجع السابق، والمراجع السابقة.

(٢) فتح القدير (٥/ ٣٢٦)، وتبيين الحقائق (٣/ ٢٠٣)، والمنتقى شرح الموطأ (٧/ ١٤٨)، وخالفهم في ذلك الشافعية، المهذب (٢/ ٢٧٥)، والحنابلة، المغني (٨/ ٢١٧)، وأبو يوسف: فتح القدير (٥/ ٣٢٦)، وأما الظاهرية: المحلى (١٣/ ٢٨٨) فقد ذهبوا إلى أن حد القذف هو من حق الله الخالص.

فائدة هذا التقسيم وآثاره:

وفائدة هذا التقسيم الفقهي وآثاره تظهر من خلال ما يأتي:

(أ) **العفو والإسقاط**، حيث إن حقوق العباد الخالصة، أو الغالبة يجوز فيها العفو والإسقاط من طرف العبد. وأما حقوق الله تعالى فلا يجوز فيها الإسقاط، مثل الحدود.

والتحقيق في نظري أن هذه التفرقة غير دقيقة؛ لأن العبد لا يستطيع إسقاط حق الله تعالى؛ لأنه لا يملكه، وليس صاحبه، كما أنه أعطى الله تعالى للفرد الحق في الإسقاط والعفو، ومن هنا لا تسقط حقوق العباد بالتوبة إلى الله تعالى والتقرب إلى الله حتى ولو كانت الشهادة في سبيل الله.

إذن، فالمسألة تدور مع من هو صاحب الحق أو ليس بصاحبه، فمن هو صاحب الحق يملك العفو والإسقاط، ولذلك كتب الله تعالى على نفسه العفو والمغفرة وإسقاط الذنوب والآثار على التائبين، كما أن للعبد الحق في العفو عن حقوقه الخاصة به، أو بالقدر الذي يملكه.

ولكن الذي يمكن أن يرد هنا هو موضوع الشفاعة، حيث تجوز الشفاعة في حقوق العباد، ولكنها غير جائزة في حق الله تعالى، حيث انتهر الرسول ﷺ حبيبه أسامة بن زيد حينما شفع في المرأة المخزومية فقال: «**أتشفع في حدّ من حدود الله؟**»[(١)].

ولكن كراهية هذه الشفاعة أو حرمتها مقيدة بما إذا رفع الأمر إلى السلطان (القاضي).

وهذا ما ترجمه الإمام البخاري «باب كراهية الشفاعة في الحدّ إذا رفع

---

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود ـ مع فتح الباري ـ (١٢/ ٨٧)، ومسلم، كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود (٣/ ١٣١٥)، الحديث ١٦٨٨.

إلى السلطان»، وعلق عليه الحافظ ابن حجر بقوله: (وكأنه أشار إلى ما ورد في بعض طرقه صريحاً، وهو في مرسل حبيب بن أبي ثابت الذي أشرت إليه، وفيه: (أن النبي ﷺ قال لأسامة لما شفع فيها: «أتشفع في حدّ؟ إذا الحدود انتهت إليَّ فليس لها مترك»، وله شاهد من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، رفعه: «**تعافوا الحدود فيما بينكم، فما بلغني من حدّ فقد وجب**».

وترجم له أبو داود: (العفو عن الحدّ ما لم يبلغ السلطان)، وصححه الحاكم، وسنده إلى عمرو بن شعيب صحيح. . .

وأخرج الطبراني عن عروة بن الزبير قال: (لقي الزبير سارقاً فشفع فيه، فقيل له حتى يبلغ الإمام؟ فقال: إذا بلغ الإمام فلعن الله الشافع والمشفع)[1].

وتقييد حرمة الشفاعة بما إذا رفع إلى السلطان هو مروي عن علي، وابن عباس، والزبير بسند صحيح، وعن كبار الصحابة، وهو معضد ومؤيد بروايات كثيرة موقوفة ومرفوعة[2].

(ب) **التوارث**، حيث إن حقوق العباد المالية الخالصة والغالبة تورث لورثة صاحب الحق بالاتفاق، وكذلك القصاص، وحدّ القذف على الراجح.

قال القرافي في (الفرق بين ما ينتقل وما لا ينتقل): (إن من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث، ومنها ما لا ينتقل. . .، بل الضابط لما ينتقل إليه: ما كان متعلقاً بالمال، أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه، وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهواته لا ينتقل للوارث، والسرّ في الفرق: أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعاً له، ولا يرثون عقله

---

(١) فتح الباري (١٢/ ٨٧ ـ ٨٨).

(٢) المصدر السابق نفسه.

ولا شهوته، ولا نفسه، فلا يرثون ما يتعلق بذلك، وما لا يورث لا يرثون ما يتعلق به...)، ثم قال: (ولم يخرج عن حقوق الأموال إلَّا صورتان في الأعضاء، فإن هاتين الصورتين تنتقلان للوارث، وهما ليستا بمال لأجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه، والجناية عليه)، ثم بيَّن أن القصاص يرثه الوارث ابتداءً؛ (لأن استحقاقه فرع زهوق النفس، فلا يقع إلَّا للوارث بعد موت الموروث)[1].

(ج) **تحريك الدعاوى قضائيًّا، والملاحقة الشعبية**، حيث إن الجميع لهم الحق في تحريك الدعاوى الخاصة بحقوق الله تعالى ـ من حيث المبدأ ـ، وهذا يتحقق من خلال الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، ومن خلال الحسبة، فإن للمحتسب الحق في ملاحقة من يتعدى على حقوق الله تعالى، في حين أن الحقوق الخاصة بالإنسان يعود تحريكها إليه وحده دون غيره[2].

جاء في المنتقى: (إن من عليه حقًّا من حقوق الله تعالى التي لا تختلف في وجوب دفعه، يجب على المسلمين جهاده حتى يأخذوه منه، وهكذا فعل أبو بكر في أهل الردة لما منعوا الزكاة، جاهدهم عليها، وأجمع المسلمون على صواب فعله في ذلك...)[3].

(د) **سقوط حقوق الله بالإيمان للكافر بالإجماع، والتوبة بالنسبة للفاسق المؤمن** عند جماعة من الفقهاء، أما الحقوق الخاصة بالعباد فلا تسقط لا بالإيمان ولا بالتوبة[4].

---

(١) الفروق للقرافي (٣/ ٢٧٥ ـ ٢٧٩).
(٢) الجريمة للشيخ أبو زهرة ص٧١، ويراجع: نظام الحسبة لابن تيمية.
(٣) المنتقى شرح الموطأ، كتاب الزكاة (١٢/ ١٢).
(٤) مجموع الضمانات (١/ ١٢)، والتاج والإكليل (٢/ ١٢)، والمنتقى (١٤/ ١٢).

(هـ) **حقوق الله تعالى على الدرء بالشبهات، على عكس حقوق العباد، حيث لا تسقط بها**[1].

(و) **حقوق الله تعالى على التسامح والستر، وحقوق العباد على المخاصمة والمساومة.**

ملاحظات:

الملاحظة الأولى: أن من الفقهاء من انتقد هذا التقسيم الرباعي، ولكنهم اختلفوا، فمنهم من انتقد القسم الثاني (أي: حق العبد الخالص)؛ لأنه لا يوجد لدى التحقيق حق العبد الخالص؛ لأن جميع حقوقه يتعلق بها حق الله تعالى، وبالتالي فالتقسيم ثلاثي[2].

ومنهم من جعل التقسيم ثنائيًّا مثل ابن تيمية، الذي قسم الحقوق إلى قسمين وهما:

(أ) الحدود والحقوق التي ليست لقوم معينين بل منفعتها لمطلق المسلمين، وكلهم محتاج إليها، مثل الحدود، والحكم في الأموال السلطانية، والوقوف والوصايا التي ليست لمعين.

(ب) الحدود والحقوق الثابتة لآدمي معين، ومنهاالنفوس[3].

الملاحظة الثانية: أن هناك حقوقاً أخرى ما دمنا نتحدث عن تقسيمها باعتبار المضاف إليه والصاحب، وهي نوعان آخران وهما:

١ ـ حق الحيوان من الرعاية والرحمة وعدم الاعتداء.

٢ ـ حق البيئة من عدم الإفساد فيها، وإعطاء حقوقها من الحفاظ عليها، وعدم تلويثها.

وهذان الحقان مفصلان لا يسع المجال للخوض فيهما[4].

---

(١) المجموع شرح المهذب (١٧/ ١٢).

(٢) الفروق (١/ ١٤١).

(٣) السياسة الشرعية لابن تيمية ص٧٨.

(٤) وقد ألف فيهما الكثير من العلماء المعاصرين، وبالأخص في البيئة.

التقسيم الثاني للحقوق: باعتبار مرجعيتها:

حيث لها قسمان:

القسم الأول: الحقوق التي ثبتت بأدلة من الكتاب والسنَّة:

وتسمى الحقوق الشرعية التي ثبتت من قبل الشارع، مثل حق الشفعة، وحق الوراثة، وحق النسب، والقصاص، وحق الطلاق، وحق الحضانة والولاية...

القسم الثاني: الحقوق التي ثبتت عن طريق الاجتهاد:

سواء كان عن طريق المصلحة ودفع الضرر، أو العرف، أو نحوها، فهذه الحقوق أيضاً مرجعها الشرع.

التقسيم الثالث للحقوق: باعتبار نوعية الحق:

وهي قسمان[1]:

القسم الأول: الحقوق السياسية:

كحق الانتخاب والترشيح للبرلمان، ورئاسة الدولة، وتشكيل الأحزاب، وحق تولي الوظائف العامة، والمشاركة في تدبير شؤون الدولة، وحق العمل، وحقوق المرأة السياسية[2].

---

(١) يراجع لمزيد من التفصيل: د. السنهوري، مصادر الحق (١/ ٦٢)، ود. محمد سامي مدكور: نظرية الحق ص١٣ ـ ١٧، والشيخ الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (٣/ ٨٧)، ود. محمد عثمان شبير: المعاملات المالية المعاصرة ط. دار النفائس ص٤٩ ـ ٥٠، ود. أحمد الخولي: نظرية الحق ط. دار السلام ص١٠٩ ـ ١١٣.

(٢) يراجع في ذلك عدداً من الكتب التي ألفت في حقوق الإنسان ونحوها، للشيوخ والدكاترة الفضلاء، مثل الشيخ الغزالي، ود. القرضاوي، ود. فتحي عثمان، =

القسم الثاني: الحقوق المدنية:

وهي الحقوق التي تتعلق بإنسانية الإنسان وكرامته، وحقوقه الناتجة من الالتزامات.

وهي تقسم إلى قسمين:

١ ـ **الحقوق العامة** التي تخص حريته الدينية والفكرية، وحقه في حرية إبداء الرأي، وحقه في الحياة والسلامة الشخصية، والخصوصية، وحرية التنقل.

٢ ـ **الحقوق الخاصة**، وهي أيضاً قسمان:

(أ) الحقوق المالية التي يمكن تقويمها بالمال:

ولها ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الحقوق العينية، وهي في القانون سلطة مباشرة يمنحها القانون لشخص على شيء معين بالذات، فيكون له فيه حق الانتفاع، والاستعمال، والاستغلال مباشرة، مثل حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الرهن الرسمي، فهذا الحق ينطوي على عنصرين هما: صاحب الحق، ومحل الحق.

النوع الثاني: الحقوق الشخصية، وهي سلطة مقررة، لشخص قبل آخر يكون للأول بمقتضاها أن يطالب الثاني بالقيام بعمل معين، أو هي: رابطة قانونية بين شخصين يقوم بمقتضاها أحدهما وهو المدين قبل الآخر، وهو الدائن بأداء مالي معين، كحق مشتري العقار قبل البائع الذي يلتزم بنقل الملكية، وهذا الحق ينطوي على ثلاثة عناصر، وهي صاحب الحق

= ومنير البياتي، وعبد الوهاب الشيشاني، ومحمد المجذوب، وصبحي المحمصاني، وراشد الغنوشي، وهاني الطعيمات، وغيرهم؛ حيث أفاضوا في هذه الحقوق والحريات في الإسلام.

وهو الدائن، ومن عليه الحق وهو المدين، ومحل الحق وهو الأداء الواجب على المدين[1].

وهذا الحق يسمى بالالتزام، أيضاً عند القانونيين؛ لأنهم يقولون: إن رابطة الالتزام، أو رابطة الدائنية التي تقوم بين الدائن والمدين إذا نظرنا إليها من ناحية الدائن كانت حقًّا، وإذا نظرنا إليها من جهة المدين كانت التزاماً[2].

النوع الثالث: الحقوق المعنوية التي سيأتي التفصيل فيها.

وهذه الدراسة تنصب على الحقوق المالية أو التي لها علاقة بالمال سواء كانت مباشرة أم غير مباشرة.

(ب) الحقوق غير المالية:

وهي الحقوق الشخصية المتعلقة بشخصية الإنسان وأهليته، والحقوق الناتجة من الزواج، ونحوه في نطاق الأسرة والقرابة.

التقسيم الرابع للحقوق: باعتبار الأصالة والتبعية:

حيث تقسم إلى:

١ ـ حقوق ثابتة أصالة كالأمثلة السابقة، وتسمى الحقوق الأصلية.

٢ ـ حقوق ثابتة تبعاً، مثل حقوق الارتفاق، وحقوق الجوار، التي سنفصل فيها بعض الشيء فيما يأتي.

ونحن هنا نفصل القول بعض الشيء في ثلاثة أنواع من الحقوق:

---

(١) المراجع السابقة، ويراجع: الصدة: نظرية الحق ص٢٧ ـ ٢٨.

(٢) المصادر السابقة.

حقوق الارتفاق، وحقوق الجوار، والحقوق المعنوية

أولاً ـ حقوق الارتفاق

الارتفاق لغة له عدة معان منها: الجوار والرفقة، واللين والانتفاع[1].

وفي الاصطلاح: عرفه الحنفية بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر[2]. وعرفه الجمهور بأنه: تحصيل منافع تتعلق بالعقار.

وعلى ضوء هذا التعريف يكون الارتفاق أشمل مما لدى الحنفية؛ لأنه يشمل الانتفاع المتحقق للعقار بسبب جواره من عقار آخر، أو بسبب آخر[3].

مشروعية الارتفاق:

شرع الارتفاق لدفع الضرر، إذ لو لم يشرع لما أمكن لصاحب أرض بعيدة عن النهر أن تستفيد منه، وكذلك الحال بالنسبة للمرافق العامة، وحينئذ يقع ضرر على الكثيرين، ومن القواعد الفقهية المقررة: «**أن الضرر يزال**».

أنواع الارتفاق:

١ ـ الارتفاق العام:

وهو الانتفاع بالمرافق العامة من أنهار وبحار وطرق عامة، حيث يكون لكل عقار متصل بهذه المرافق العامة حق الارتفاق عليه بسبب الشركة العامة فيه، فالعقار المتصل بالنهر، أو القريب منه له الحق في أخذ نصيبه من الماء، وكذلك العقارات المتصلة بالطرق العامة لها حق في ترتيب الطريق الموصل

---

(١) يراجع: لسان العرب، والقاموس المحيط، مادة (رفق)، والبحر الرائق ط. المكتبة العلمية (٦/ ١٤٨ ـ ١٤٩).

(٢) يراجع: الأحكام السلطانية للماوردي ص١٨٧، وجامع الفصولين (١/ ٦٥)، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص٢٠٨، والبهجة شرح التحفة (٢/ ٢٥١ ـ ٢٥٢) ط. الحلبي.

(٣) المصادر السابقة.

إليها، وفتح الأبواب، والنوافذ عليها، وكذلك للعقارات الحق في التخلص من المياه الزائدة، ونحوها عن طريق المجاري (الصرف الصحي) وكل ذلك مشروط بعدم إحداث ضرر بالعامة، كأشغال الطرق العام بالمطبات، والأكشاك ونحوها، وكذلك إذا قام شخص بإحياء أرض ميتة (بعد توافر الشروط) فله الحق في الاستفادة من هذه المرافق العامة[(١)].

الارتفاق بالمنافع العامة:

ويدخل في الارتفاق العام: القعود في الشارع إذا كان واسعاً لا يضر بالمارة، وأن من سبق إلى مرفق عام لا يملكه ولكن يكون له حق الأولوية.

فقد قال أحمد: (في السابق إلى دكاكين السوق ـ أي: الأماكن المعدة للباعة غير الدائمين ـ غدوة، فهو له إلى الليل، وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى، وقد قال النبي ﷺ: «**منى مناخ من سبق**»[(٢)]. . . ، ولأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم. . . وإن كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه، ولا يحل للإمام تمكينه بعوض ولا غيره)[(٣)].

والشافعية صرحوا بمثل ذلك، حيث قالوا: إن من أخذ من المسجد مكاناً للإفتاء وهو أهل لذلك فهو أولى من غيره[(٤)]. ويذكر الماوردي، وأبو يعلى: أن الإرفاق هو من الارتفاق بمقاعد الأسواق، وأفنية الشوارع، وحريم الأمصار، ومنازل الأسفار، ثم ذكرا فيها حق السبق ولكن بشرط عدم الإضرار[(٥)].

---

(١) المراجع السابقة، ويراجع: الشيخ أبو زهرة: الملكية ص٧٧، ود. شبير: فقه المعاملات المالية ص١٤٩.

(٢) رواه ابن ماجه ط. عيسى الحلبي (٢/ ١٠٠٠)، والترمذي ط. عيسى الحلبي (٣/ ٢٢٨).

(٣) المغني (٥/ ٥٧٦ ـ ٥٧٧).

(٤) نهاية المحتاج (٥/ ٣٤٥).

(٥) الأحكام السلطانية للماوردي ص١٨٧، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص٢٠٨.

وهذا الارتفاق العام يثبت بعدة أسباب:

(أ) التقادم إذا مضت فترة طويلة دون منازع، وهذا ما يسميه الفقهاء: استصحاب الحال.

(ب) حكم القاضي عند التخاصم بإقراره.

(ج) موافقة الدولة على السماح به.

(د) رضا جميع أصحاب العقارات التي لها علاقة بحق الارتفاق.

٢ ـ الارتفاق الخاص:

ويكون بين الأملاك الخاصة، وذلك عندما تكون العقارات كلها مملوكة ملكية خاصة، وحينئذ تنظم المرافق العامة، وحقوق الارتفاق برضا الملاك، وإذا تنازعوا فالسلطان يقضي بينهم بما يحقق العدالة للجميع.

وكذلك الحال إذا كان أحد العقارات ملكية خاصة، حيث يطبق عليه الحكم السابق.

أنواع حقوق الارتفاق:

١ ـ **حق الشرب والمجرى**: والشِّرب ـ بكسر الشين ـ في اللغة: النصيب من الماء، ومنه قوله تعالى: ﴿قَالَ هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾[1].

وفي الاصطلاح هو النصيب من الماء للأرض؛ أي: أخذه من الأنهار الكبيرة والصغيرة لسقي الأشجار والزروع.

وأما حق الإنسان من المياه للشرب ولما يحتاج إليه وكذلك حق الحيوان منها فيسمى حق الشُّرب ـ بضم الشين ـ وهو حق له الأولوية على غيره.

---

(١) سورة الشعراء: الآية ١٥٥.

ويتبع حق الشِّرب ـ بكسر الشين ـ حق المجرى هو أن يكون لعقار على عقار شخص آخر حق مرور الماء لسقي الزرع، أو الشجر[1].

٢ ـ **مسيل الماء**، وهو حق تسييل الماء الزائد، أو غير الصالح للاستعمال، كمياه الحمام ونحوها عبر أرض الغير، سواء كان عبر مجاري ظاهرة أو مستترة، أو أنابيب معدة لذلك[2].

٣ ـ **حق المرور**، وهو أن يكون لشخص حق المرور في أرض شخص آخر، قد نصّت عليه المادة (١٢٢٥) من مجلة الأحكام على أنه: (إذا كان لأحد حق المرور في عرصة آخر فليس لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور والعبور).

وقد سبق أننا ذكرنا أن حقوق الارتفاق داخلة في ملكية المنفعة، كما ذكرنا خلاف الفقهاء في جواز التصرف فيها بالبيع ونحوه.

ثانياً ـ حقوق الجوار

والجوار في اللغة يثبت لكل من يقرب مسكنه أو بستانه، أو محله من الآخر[3].

وحدّ الجوار عند الشافعية والحنابلة أربعون داراً من كل جانب.

وذهب المالكية إلى أن الجار هو الملاصق من جهة من الجهات الأربع، أو المقابل له، بينهما شارع ضيق لا يفصلهما فاصل كبير، أو من يجمعهما مسجد أو مسجدان لطيفان متقاربان إلَّا إذا دل العرف على غير هذا.

---

(١) الفتاوى الهندية (٥/ ٣٩٠).

(٢) يراجع: حاشية ابن عابدين (٤/ ١٨٣)، ومجلة الأحكام العدلية المادة ٦، والموسوعة الفقهية (٣/ ١٢ ـ ١٤).

(٣) لسان العرب، والمعجم الوسيط، مادة (جار).

وذهب أبو حنيفة وزفر إلى أن الجار هو الملاصق فقط[1].

والراجح هو أن الجار الذي يتعلق به بعض الأحكام الخاصة بالملكية (مثل الشفعة) هو الجار الملاصق، وأما غيره فتتعلق به الأحكام الأخلاقية من الإحسان وعدم الإيذاء.

أنواع حقوق الجوار:

وحقوق الجوار تشمل ثلاثة أنواع:

الأول: حقوق الجوار الأخلاقية:

وهي من حسن التعامل، والبر والإحسان، وعدم الخيانة والإيذاء، وعدم التطلع على العورات، حيث أمر الله تعالى بالإحسان إلى الجار القريب، والجار الغريب.

وأكدت السنَّة النبوية المشرفة أهمية رعاية هذه الحقوق، فقد روى البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم عن أبي شريح أن النبي ﷺ قال: «**والله لا يؤمن**» «ثلاث مرات» قيل: من يا رسول الله؟ قال: «**الذي لا يأمن جاره بوائقه**»[2]، **(أي: دواهيه وشروره).**

وفي حديث آخر بلفظ: «**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره**»[3].

وفي حديث آخر يقول النبي ﷺ: «**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر**

---

(١) يراجع لهذه الأقوال كلها: فتح القدير (٨/ ٤٧١)، والبحر الرائق (٨/ ٥٠٥)، والشرح الصغير (٤/ ٧٤٧)، وشرح المحلى (٣/ ٣٦٣)، والمغني (٦/ ١٢٤)، وتفسير الرازي (١٠/ ٧٥).

(٢) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب الأدب (١٢/ ٥٦)، الحديث رقم (٥٨٧٨)، وصحيح مسلم (٢/ ١٦).

(٣) صحيح البخاري مع الفتح (١٢/ ٥٩) الحديث ٥٨٨٠، وصحيح مسلم(٢/ ١٦).

فليكرم جاره»[1]، وفي رواية لمسلم بلفظ: **«فليحسن إلى جاره»**[2].

بل يقول الرسول ﷺ في حق الجار: **«ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه»**[3].

قال العلماء: الجيران ثلاثة:

١ ـ جار له حق وهو الذمي الأجنبي، حيث له حق الجوار.

٢ ـ وجار له حقان، وهو المسلم الأجنبي، حيث له حق الجوار وحق الإسلام.

٣ ـ وجار له ثلاثة حقوق، وهو المسلم القريب، له حق الجوار، وحق الإسلام، وحق القرابة[4].

الثاني: حقوق الجوار المادية:

وهي فيها تفصيل وتفريع، نذكر بعضها:

١ ـ **حق الجار أن يضع الخشب على جدار جاره**، بشرط عدم الإضرار عند جماعة من الفقهاء، منهم الحنفية على المفتى به، والشافعي في القديم، وأحمد في رواية[5]، لورود حديث صحيح فيه رواه البخاري ومسلم بسندهما عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «**لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره**»، ثم قال أبو هريرة: (ما لي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم»[6].

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح، الحديث ٥٨٨١، ومسلم (٢/ ١٦).
(٢) فتح الباري (٥/ ١١٠)، وصحيح مسلم (٣/ ١٢٣٠).
(٣) صحيح البخاري ط. السلفية مع الفتح الباري (١٠/ ٤٤١).
(٤) فتح الباري (١٣/ ٤٨)، وإحياء علوم الدين (٢/ ٢١٣).
(٥) حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٥٨)، وشرح المحلى (٢/ ٣١٤).
(٦) صحيح مسلم ـ مع شرح النووي ـ (١١/ ٤٠)، ورواه أحمد عن ابن عباس بلفظ: (ومن سأله جاره أن يدعم على حائطة فليدعه)، وبلفظ: (لا ضرر ولا ضرار، وللرجل أن يجعل خشبة في حائط جاره...)، الحديث ٢٨٧٠.

قال النووي: (واختلف العلماء في معنى هذا الحديث هل هو على الندب إلى تمكين الجار من وضع الخشب على جدار جاره، أم على الإيجاب؟ فيه قولان للشافعي وأصحاب مالك، أصحهما في المذهبين: الندب، وبه قال أبو حنيفة والكوفيون. والثاني: الإيجاب، وبه قال أحمد وأبو ثور وأصحاب الحديث، وهو ظاهر الحديث).

ومن قال بالندب حمل الحديث عليه بدليل عدم عمل الصحابة به، ولهذا قال أبو هريرة: (ما لي أراكم عنها معرضين)، وهذا يدل على أنهم فهموا منه الندب لا الإيجاب، ولو كان واجباً لما أطبقوا على الإعراض عنه، والله أعلم)[1]، وهذا رأي جمهور الفقهاء[2].

هذا في الجدار الخاص بالجار، أما الجدار المشترك فلكل منهم الانتفاع بنصيبه.

٢ ـ حق الشفعة للجار الملاصق عند الحنفية، إذا لم يكن هناك شريك[3]، والجار الذي يشترك في حقوق الارتفاق (أي: الطريق والشرب، والمرور) عند ابن تيمية، وابن القيم[4].

ولم يثبت جمهور الفقهاء للجار حق الشفعة إلّا إذا كان هناك مشاركة[5]، مستدلين بحديث جابر أن النبي ﷺ: «**قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**»[6]، وفي رواية:

---

(١) شرح صحيح مسلم للنووي (١١/ ٤٠)، وسبل السلام (٣/ ١١٧٥).

(٢) حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٥٨)، والزرقاني (٦/ ٦٤)، وشرح المحلى (٢/ ٣١٤)، والمغني (٥/ ٣٦).

(٣) فتح القدير (٩/ ٣٦٩).

(٤) إعلام الموقعين (٢/ ١٣٩).

(٥) الشرح الصغير (٣/ ٦٣٣)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٩٦)، وكشاف القناع (٤/ ١٣٤).

(٦) رواه البخاري في صحيحه ـ مع فتح الباري ـ (٤/ ٤٣٦).

قال جابر: «**إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم...**»[١].

وأما الحنفية فقد استدلوا بحديث قتادة أن النبي ﷺ قال: «**جار الدار أحق بالدار**»[٢]، وبحديث: «**الجار أحق بصقبه**»[٣] وجاء بالسين، والصقب أو السقب اختلف في معناه، ففسره البعض بالشفعة وبعضهم بالقرب، وقد قال ابن عبد البر في هذا الحديث: (ليس فيه تصريح بالشفعة، والصقب القرب، وهو حديث اختلف في إسناده وفي معناه...)[٤].

٣ ـ إجبار الممتنع على بناء جدار ساتر بين الجارين إذا أراد أحدهما ذلك؛ للحفاظ على حرماتهما عند بعض الفقهاء منهم ابن تيمية حيث سئل عن بستان مشترك حصلت فيه القسمة فأراد أحد الشريكين أن يبني بينه وبين جاره جداراً، فامتنع أن يدعه أن يبني، أو يقوم معه على البناء؟ فأجاب: (يجبر على ذلك، ويؤخذ الجدار من أرض كل منهما بقدر حقه)[٥].

وأما إذا كان الجدار بينهما موجوداً ثم هدم، وأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخر؟ فذهب بعض الفقهاء إلى أنه يجبر على ذلك، فقد سئل أبو الليث السمرقندي الحنفي عن ذلك فقال: (في زماننا يجبر؛ لأنه لا بدّ أن يكون بينهما سترة)[٦].

وهذه رواية عن مالك، رجحها ابن عبد الحكم، والقديم في المذهب الشافعي، ورأي الحنابلة إذا كان الجدار مشتركاً، والمطلوب موسراً[٧].

---

(١) رواه الترمذي في سننه ط. الحلبي (٣/ ٦٤١)، وقال: (حسن صحيح).
(٢) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (١٢/ ٣٤٥).
(٣) الحديث هذا رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ (١٢/ ٢٤٥).
(٤) التمهيد لابن عبد البر (٧/ ٢٦) ط. مكتبة السوادي للتوزيع.
(٥) مجموع الفتاوى (٣٠/ ١٣).
(٦) فتاوى قاضيخان (٣/ ١٠٨)، والفتاوى الهندية (٤/ ١٠٠).
(٧) الكافي (٢/ ٩٤٢)، ومواهب الجليل (٥/ ١٥٠)، والخرشي (٦/ ٥٨، ١٩٤)، ومغني المحتاج (٢/ ١٩٠)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٣٦٢).

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية في الرواية المشهورة، والشافعية على الجديد إلى أنه لا يجبر[1].

٤ ـ منع الصعود على السطح إلّا مع وجود ساتر أو عدم النظر عند جمهور الفقهاء منهم الحنابلة، حيث قالوا: بمنع الجار من صعود سطحه إذا كان ينظر حراماً على جاره، ولذلك فإنه يلزم باتخاذ سترة إذا كان سطحه أعلى من سطح جاره، فإن استويا في العلو اشتركا في بنائها[2]، والحنفية قالوا به استحساناً، لكن الصدر الشهيد منهم قال: إن المرتقي يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستروا أنفسهم[3]، وكذلك المالكية حيث قالوا: يجبر صاحب السطح على أن يتخذ سترة تحجبه عن جاره[4].

وذهب الشافعية إلى عدم إجباره على ذلك[5].

٥ ـ منع فتح نافذة يشرف منها الجار على دار جاره، وهذا عند المالكية[6] وفتوى بعض متأخري الحنفية إن كانت النافذة للنظر وكانت الساحة محل جلوس النساء[7].

أما إذا كانت النافذة مرتفعة مقدار قامة الإنسان بحيث لا تطل على عورات الجار فلا تمنع، وكذلك لا تسد النافذة القديمة عند الجمهور.

---

(١) المصادر السابقة نفسها.
(٢) مطالب أولي النهي (٣/٣٥٨)، والمغني (٤/ ٤٦٥).
(٣) فتح القدير (٥/ ٥٠٦ ـ ٥٠٧)، والفتاوى الهندية (٥/ ٣٧٣).
(٤) حاشية العدوي (٦/ ٦٠).
(٥) حاشية البجيرمي (٣/ ١٥).
(٦) المدونة الكبرى (١٤/ ٥٢٩، ١٥/ ١٩٧)، والخرشي (٦/ ٥٩).
(٧) منحة الخالف (٧/ ٣٦)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٤٤٨).

ولكن الحنابلة قالوا: أنها تسد إذا كانت مما يشرف الجار منها على حريم جاره، وإلّا فلا[1].

٦ ـ منع رفع البناء على مبنى الجار إذا ترتب عليه ضرر واضح.

٧ ـ منع التصرف الذي يؤدي إلى الإضرار بالجار، وذلك مثل حفر بئر داخل بيته يتضرر منه حائط جاره، أو أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن حماماً، أو طاحونة، أو مدبغة، أو اصطبلاً، أو فرناً، أو نحو ذلك، وهذا ما ذهب إليه المالكية، والحنابلة، والحنفية فيما عليه الفتوى، إذا نتج عنه إضرار بالجار، واشترطوا أن يكون الضرر بيِّناً وحدّه هو: أن كل ما يمنع المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضر بالبناء بحيث يكون سبب انهدامه[2].

وذهب الشافعية على الأصح إلى أن كل جار له الحق في التصرف في ملكه حسب العادة في التصرف وإن تضرر به جاره، أو أدى إلى إتلافه[3].

فقد نصت المادة ١١٩٨ من مجلة الأحكام العدلية على أن: (كل واحد له التعلي على حائطه الملك، وبناء ما يريد، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرراً فاحشاً).

وقال الأتاسي في شرحها: (ولا عبرة بزعمه لأنه يسد فيه الريح والشمس، كما أفتى به في الحامدية؛ لأنه ليس من الضرر الفاحش...)[4].

---

(١) الشرح الكبير (٣/ ٣٦٩)، ويراجع: الموسوعة الفقهية الكويتية (١٦/ ٢١٦ وما بعدها).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٤٧)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٣٦٩)، وشرح الخرشي (٦/ ٦٠ ـ ٦١)، وكشاف القناع (٣/ ٤٠٨)، والمغني (٤/ ٥٧٢).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٣٦٤).

(٤) شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ط. حمص (٤/ ١٦٧).

يقول شيخنا أبو زهرة: (هذا ما روي عن الطبقة الأولى من الفقهاء، وما جاء في ظاهر الرواية، وأنه القياس الذي يوائم القواعد الفقهية ـ من عدم منع المالك الجار من التصرف في ملكه أي تصرف كان ـ ، ولكن جاء أصحاب الفتاوى وغيرهم من المؤلفين والمجتهدين في المذاهب فاستحسنوا أن يمنع الجار من التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره ضرراً بيِّناً فاحشاً . . . ولأن الناس قد تركوا ما أوجبه عليهم الدين من وجوب رعاية الجار، فحقت عليهم كلمة القضاء لحملهم على منع الإضرار اضطراراً، إذا لم يقوموا به اختياراً، وليس القضاء إلَّا المنفذ لأحكام الشرع ما أمكن التنفيذ. . .)[١].

وجاء في تهذيب الفروق: (مما هو معلوم لا شك فيه أن من ملك موضعاً له أن يبني فيه، ويرفع البناء ما لم يضر بغيره، وله أن يحفر فيه ما يشاء، ويعمق ما يشاء ما لم يضر بغيره)[٢].

والقول بأن من حق الجار أن يرفع بناءه في ملكه متفق مع القواعد العامة للملكية في الفقه الإسلامي، وللحرية التي منحتهاالشريعة الإسلامية، ثم إن تقييدها بأن لا يترتب عليه ضرر بيِّن بجاره تقتضيه قواعد العدالة والقيم الأخلاقية في الإسلام، إضافة إلى الدليل الخاص الوارد في الحديث الصحيح وهو «لا ضرر ولا ضرار»[٣].

---

(١) الملكية ونظرية العقد ص١٠٥ ـ ١٠٦.

(٢) تهذيب الفروق بهامش الفروق للقرافي (٢/ ٣٣).

(٣) حديث صحيح روي عن ثمانية من أصحاب النبي ﷺ وبعدة طرق، يقول الألباني في الإرواء الحديث ٨٩٦: فإذا ضم بعضها إلى بعض يقوى الحديث بها ويرتقى إلى درجة الصحيح إن شاء الله. . . وقد احتج به الإمام مالك، وجزم بنسبته إلى النبي ﷺ.
انظر الحديث في: سنن ابن ماجه الحديث رقم ٢٣٤٠، وأحمد (٥/ ٣٢٦ ـ ٣٢٧، ١/ ٣١٣)، والمعجم الكبير (٣/ ١٣٦)، والحاكم (٥٧ ـ ٥٨)، وقال: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي.

تعقيب:

هذه القيود السبعة السابقة تدل بوضوح على أن نظرية «**عدم التعسف في استعمال الحق**» واضحة في الفقه الإسلامي، وأن تطبيقاتها كثيرة منها القيود التي قيدت تصرفات الجار في ملكه بما لا يضر بالآخر ضرراً ماديًّا أو معنويًّا.

وبذلك سبق الفقه الإسلامي القوانين المعاصرة التي تحدثت عن نظرية التعسف في استعمال الحق.

الثالث: حقوق الجوار الناشئة بسبب العلو والسفل:

إذا كان الجوار ناشئاً بسبب العلو والسفل ـ كما في حالة المبنى المكون من عدة طبقات ـ فإن حقوق الجوار بين العالي والسافل هنا أقوى وأشد مما سبق.

لذلك قسم الفقهاء تصرفات الجار في حالة العلو والسفل إلى ثلاثة أقسام[1]:

١ ـ **تصرفات تضر أحد الجارين بلا ريب**، كأن يهدم صاحب السفل سفله إلّا لضرورة، وكأن يفتح باباً فيه فيؤدي إلى هدم العلو، فهذه التصرفات ممنوعة بالاتفاق لما فيه من الضرر المؤكد.

٢ ـ **تصرفات لا تضر واحداً منهما**، كدق مسمار، أو إصلاح أحدهما ملكه دون أن يضر بالآخر، فهذه التصرفات سائغة غير ممنوعة شرعاً بالاتفاق.

٣ ـ **تصرفات تحتمل الضرر وعدم الضرر**، وذلك مثل أن يفتح صاحب السفل كوة (فتحة) في سفله، أو يبني صاحب العلو غرفة، فهذا فيه خلاف.

فذهب جمهور الفقهاء (أبو حنيفة، والشافعية، والحنابلة)[2] إلى المنع

---

(١) الشيخ أبو زهرة: الملكية ص٩٩ ـ ١٠٠.

(٢) يراجع لهذا الموضوع كله: حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٥٨)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٣٦٩)، والمهذب (١/ ٣٤٢)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥٥٤)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٣٥٩).

بناءً على أن الأصل في مثل هذه التصرفات المتعلقة بالطرفين المنع إلَّا ما قام الدليل على أنه تصرف غير ضار.

وذهب صاحبا أبي حنيفة إلى الجواز بناءً على أن الأصل الإباحة إلَّا ما قام الدليل على أنه يضر، فيمنع حينئذ[1].

وذهب المالكية إلى أنه يقضى على من أحدث فتحها بسدها إذا لم تكن عالية ويشرف منها على جاره، وأما القديمة فلا يقضى بسدها ـ كما سبق[2] ـ.

والراجح هو قول الجمهور؛ لأن محل التصرف قد تعلق به حق الغير بلا شك، وهذا التعلق يقيد تصرفات المشتركين بقيد وهو رضا صاحب الحق، إلَّا ما لا ضرر فيه فيبقى على أصل الإباحة، كما هو الحال في الرهن حيث لا يجوز لمالكه التصرف فيه إلَّا بإذن من له حق فيه (المرتهن)، وبذلك يكون الأصل في العين المتعلق بها حق الغير المنع من التصرفات إلَّا برضاه[3].

الحكم في حالة الانهدام أو الهدم:

هناك حالتان:

الحالة الأولى: أن ينهدم السفل دون تسبب من صاحبه، ففي هذه الحالة لا يجبر على البناء.

وفي هذه الحالة إذا أراد صاحب العلو أن يبني علوه فعليه:

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٥٨).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٣٦٩)، والشرح الصغير (٤/ ٤٨٤)، وتبصرة الحكام(٢/ ٢٥٢ ـ ٢٥٤).

(٣) المصادر السابقة، وعمدة القاري ط. دار الفكر (١٣/ ٥٦)، والشيخ أبو زهرة: الملكية ص١٠٠.

(أ) أن يتفق مع صاحب السفل لبنائه بأن يتحمل كل واحد منهما نصيبه من المصاريف والنفقات، وفي هذه الحالة يرجع كل واحد منهما على الآخر بما أنفق على حصة الآخر؛ لأنه وكيل.

(ب) أن يأذن لصاحب العلو ببناء السفل أيضاً، وحينئذ يكون وكيلاً عنه فيحمله كل النفقات التي تخص بناء السفل.

(ج) أن لا يتفقا على البناء المشترك، ولا يأذن صاحب السفل بالبناء وفي هذه الحالة لصاحب العلو الحق في الرجوع إلى القضاء لأخذ الإذن منه، دون إجباره على البناء، فإذا أخذه أصبح وكيلاً يرجع على صاحب السفل بكل ما صرفه.

(د) أن يبني صاحب العلو السفل، دون أن يأخذ الإذن من صاحب السفل، ولا من القاضي، فحينئذ يعود على صاحب السفل بقيمة البناء وقت تمام البناء، ولا يرجع بقيمة ما أنفق لأنه ليس وكيلاً عنه عند جماعة من الفقهاء. وهناك قول بالرجوع عليه بما أنفق؛ لأنه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو إلَّا ببناء السفل، ولا ضرر لصاحب السفل في بنائه، بل فيه نفع صار مأذوناً بالاتفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما أنفق[1].

وعلى أي حال يمنع صاحب السفل من السكنى فيه حتى يعطى حق صاحب العلو[2].

وعند جماعة من الفقهاء منهم المالكية أن القضاء له الحق في إجبار صاحب السفل المنهدم ببناء سفله، أو بيعه لمن يعمره[3].

---

(١) المبسوط ط. دار الكتب العلمية (١٧/٧٨)، وابن عابدين (٤/٣٥٨)، وعمدة القاري ط. دار الفكر (١٣/٥٦).

(٢) المبسوط (١٧/٧٨).

(٣) جواهر الإكليل (٢/١٢١)، والشرح الكبير (٣/ ٣٦٠)، وعمدة القاري (١٣/٥٦).

الحالة الثانية: أن يكون لصاحب السفل دور في هدمه، وحينئذ يكون لصاحب العلو إجباره عن طريق القضاء ببناء السفل والعلو ما دام متسبباً في هدمهما.

وفي هذه الحالة إذا قام صاحب العلو ببناء السفل والعلو دون أخذ الإذن من القاضي، ولا من صاحب السفل يعتبر متبرعاً[1]؛ لأن بإمكانه اللجوء إلى القضاء في حالة رفض صاحب السفل طلبه، ومع ذلك فلم يعمل، ولذلك يفسر عمله بأنه تبرع.

الحالة الثالثة: إذا قام بهدم السفل والعلو شخص آخر، فيجب عليه إما تنفيذ عيني، أو بالقيمة، وتبقى العلاقة بين العالي والسافل مثل الحالة الأولى.

ثالثاً ـ ملك الحقوق المعنوية

الحقوق المعنوية هي مصطلح واسع يسع معناها لجميع الحقوق غير المادية، فيدخل فيها الحقوق الفكرية كحق التأليف، والصناعة.

فقد عرف القانونيون الحق المعنوي بأنه: سلطة لشخص على شيء غير مادي هو ثمرة فكره، أو خياله، أو نشاطه، كحق المؤلف في مؤلفاته العلمية، وحق الفنان في مبتكراته الفنية، وحق المخترع في مخترعاته، وحق التاجر في الاسم التجاري، أو العلامة التجارية وثقة العملاء[2]. وقد يعبرون عنها، أو عن بعضها بالحقوق الذهنية، والحقوق الأدبية، والحقوق الفكرية، وحقوق الابتكار، والملكية الأدبية والفنية والصناعية، والاسم التجاري، وحق الاختراع وحقوق التأليف.

---

(١) المصادر السابقة، والشيخ أبو زهرة: الملكية ص١٠٣.

(٢) الملكية في قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة (١/ ٩)، والملكية للدكتور العبادي (١/ ١٩٦).

والحق المعنوي هو ثالث أنواع الحقوق لدى القانونيين بعد الحق العيني الذي يتعلق بشيء معين يمكن أن يحصل دون الحاجة إلى وساطة أحد، والحق الشخصي الذي يعطيه الحق في المطالبة دون أن يباشره إلَّا بواسطة المدين[١].

وعندما ظهرت الحقوق المعنوية اختلف القانونيون في اعتبارها حق ملكية حقيقة، فذهب بعضهم إلى أنها حق ملكية حقيقة، إذ فيها جميع مقوماتها الأساسية، وذهب آخرون إلى أنها ليست بحق ملكية، ولكنها احتكار للاستغلال في الجانب المالي، وحق من حقوق الشخصية في الجانب الأدبي، وذهب فريق ثالث إلى أنها حق عيني معنوي في جانبه المالي، وحق من حقوق الشخصية في جانبه الأدبي وذلك؛ لأن محلها غير مادي[٢].

وأما موقف الفقه الإسلامي من هذه الحقوق فيختلف عن القانون؛ لأن دائرة الملك في الشريعة أوسع منها في القانون حيث لا يشترط أن يكون محل الملك شيئاً ماديًّا معيناً بذاته في الوجود الخارجي، وعلى ضوء ذلك فكل ما له قيمة بين الناس ويباح الانتفاع به شرعاً فإذا قام الاختصاص به تكون حقيقة الملك قد وجدت، كما أنه لا يشترط التأبيد في المالية[٣].

---

(١) هذا التقسيم الثلاثي عند أكثر القانونيين، وعند بعضهم يجعله ثنائيًّا ويعتبر الحق المعنوي داخلاً في الحقوق العينية، وعلى ضوء الرأي الأول لا بدّ أن يكون محل الحق ماديًّا، وأما على ضوء الرأي الثاني فلا يشترط ذلك، فلذلك تدخل في الحقوق العينية، فالقانونيون متفقون على اعتبار الحقوق المعنوية من الحقوق المالية، ولكنهم مختلفون في إدخالها في الحقوق العينية، أم أنها نوع مستقل، يراجع لتفصيل ذلك: الوسيط في القانون المدني المصري للدكتور السنهوري (٨/ ٢٧٥...)، والملكية للدكتور العبادي (١/ ١٩٦).

(٢) يراجع: الوسيط للسنهوري (٨/ ٢٧٦ ـ ٢٨١)، ويرجح بأنها: ليس حق الملكية لأنها تقع على شيء غير مادي.

(٣) يراجع لتفصيل ذلك: الملكية للدكتور العبادي (١/ ١٩٦ ـ ٢٠٣).

والتحقيق أن جميع الحقوق بما فيها الملكية معنوية من حيث هي، وإنما المادي وغير المادي باعتبار متعلق الحقوق، ولذلك نرى أن الحقوق المعنوية هي نوع من الملكية التامة في نظري؛ لأنها ملكية دائمة، ولا يزاحمها فيها أحد، إضافة إلى العُرف السائد بأن هذه الحقوق أموال تقدر بمبالغ كبيرة قد تفوق الأموال العينية.

أنواع الحقوق المعنوية:

ونحن هنا نذكر بإيجاز هذه الحقوق المعنوية المعاصرة ثم نتبعها بتأصيلها في فقهنا الإسلامي، حيث إن للحقوق المعنوية ثلاثة أنواع وهي:

١ ـ الاسم التجاري أو العلامة التجارية (TRADE MARK):

والمراد بالاسم التجاري أو العلامة التجارية هي: العلامة التي اشتهرت بين الناس، وأصبحت لها قيمة بسبب بذل جهود ذهنية، ومالية، وأوقات، واستعانة بالخبراء وغير ذلك حتى وصلت إلى ما وصلت إليه، وأنها تشمل (الأسماء المتخذة شكلاً مميزاً، والإمضاءات، والكلمات والحروف، والأرقام، والرسوم، والرموز، والأختام والنقوش البارزة، وأية إشارة أخرى، أو أن مجموع منها تكون صالحة لتمييز منتجات صناعية، أو تجارية أو حرفية، أو زراعية. . .)[١].

فعلى ضوء ذلك، فالعلامة التجارية ليست مجرد اسم، وإنما تمثل قيمة ذاتية مستقلة عن السلع التي تمثلها، وهي منفعة يستفيد منها التاجر، والمتعاملون معه، وبالتالي تحقق فيها أهم عنصر من عناصر الملكية وهي المنفعة.

---

(١) المادة الأولى من نظام المعاملات التجارية السعودية.

يقول العز بن عبد السلام: (إن المنافع هي المقصود الأظهر من جميع الأموال)[1].

٢ ـ الترخيص التجاري (LICENSE):

المقصود بالترخيص التجاري هو الحصول على موافقة الدولة باستيراد بضائع، أو منتجات زراعية، أو صناعية من الخارج أو تصدير منتجات وطنية إلى الخارج، وبعبارة أخرى هو إذن تمنحه جهة مختصة بإصداره، أو تصديره لشخص (طبيعي، أو اعتباري) للانتفاع بمقتضاه[2].

٣ ـ الملكية الذهنية، والأدبية والفنية (INTELLECTUAL PROPERTY):

وهذا الحق يشمل:

١ ـ المصنفات المكتوبة في أي علم من العلوم: المصنفات الأدبية والتأريخية، والجغرافية، والفلسفة والفقهية... إلخ.

٢ ـ المصنفات التي تلقى شفويًّا كالمحاضرات والخطب والمواعظ ونحوها.

٣ ـ المصنفات المسرحية ونحوها.

٤ ـ المصنفات السينمائية بكل أجزائها من حوار وسيناريو وتصوير وإخراج، وتأليف.

٥ ـ المصنفات الموسيقية.

٦ ـ الاختراعات والابتكارات، والنماذج الصناعية.

---

(١) قواعد الأحكام (٢/١٧)، ويراجع: د. عجيل النشمي: بحثه حول الحقوق المعنوية، المنشور في مجلة مجمع الفقه الدولي، العدد الخامس (٣/٢٣٤٣ ـ ٢٣٤٥).

(٢) المراجع السابقة.

٧ ـ الرسوم والفنون الخاصة بها، واللوحات الزيتية، والصور الفوتوغرافية.

٨ ـ برامج الكومبيوتر/ الحاسوب بجميع أنواعها وأشكالها، وصناعة تكنولوجيا المعلومات.

حمايتها:

يشترط القانون لحماية هذه الحقوق وجوب استيفاء الركن الشكلي المتمثل في إفراغه في صورة مادية يبرز بها إلى الوجود، واستيفاء الركن الموضوعي المتمثل في انطوائه على شيء من الابتكار، وليس بالضروري أن يكون الابتكار ذا قيمة جدية، وأن الحكم في كون المصنف مبتكراً أولاً يرجع إلى تقدير القضاء[(١)].

هذا، وقد صدر قرار رقم ٤٣ (٥/ ٥) من مجمع الفقه الإسلامي الدولي نص على ما يأتي: (إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ ـ ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ الموافق ١٠ ـ ١٥ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٩٨م، بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الحقوق المعنوية، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي:

أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي، إذا انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقًّا ماليًّا.

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف الصادر في القاهرة في٢٤/ ٦/ ١٩٥٤م.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها... والله أعلم)[1].

نوعيّة ملكية الحقوق المعنوية:

بعد هذا العرض يتبين لنا أن الحقوق المعنوية تدخل ـ في نظرنا ـ ضمن الملكية التامة؛ لأنها حق كامل لا ينافس صاحبه أحد، حيث له الحق الكامل في البيع ونحوه من التصرفات المشروعة دون منازعة.

ومن جانب آخر فإن الحقوق المعنوية وإن كانت في حقيقتها داخلة في المنفعة بمعناها العام، لكنها في نظري لها خصوصيات وخصائص تجعلها مستقلة عن المنفعة وخصوصاً بمعناها الخاص، وذلك؛ لأن المنافع بصورة عامة مرتبطة بالأعيان تكون مملوكة لشخص آخر كما هو الحال في الإجارة، والإعارة والوقف والوصية بالمنفعة، كما أن ملكية المنافع في الغالب مؤقتة ومحددة بزمن في حين أن ملكية الحقوق الشخصية ليست مؤقتة ولا مرتبطة بالزمن، بل هي دائمة ومؤيدة ما دام محل الحق موجوداً.

ومن جانب آخر فإن المنافع يستطيع مالك رقبتها فسخها سواء برضا المنتفع بالمنفعة أم بدونها في بعض الحالات في حين أن هذا غير ممكن في الحقوق المعنوية، كما أن المنافع التي يستفيد منها المستأجر، أو المستعير، أو الموقوف عليه ليس بإمكان هؤلاء أن يبيعوها بيعاً مؤبداً في حين أن الحقوق المعنوية يمكن أن تباع على سبيل الأبد.



(١) مجلة المجمع ع ٥ ج ٣ ص٢٢٦٧.

القيود الواردة على الملكية

إن الأصل في الملكية هي الحرية، ولكن هذه الحرية قيدت استثناءً بقيود تعود في حقيقتها إلى قيود تحقق العدالة، والتكافل الاجتماعي، والتوازن بين مختلف فئات الشعب، وإلى عدم الإضرار بالآخرة، وهي:

١ ـ قيود واردة على أسباب الملكية

يجب أن لا تكون أسباب الملكية محرمة وغير مشروعة، حيث يقول الرسول ﷺ: «**وليس لعرق ظالم حق**»[1]، فيجب أن يكون سبب الملكية أحد الأسباب المشروعة السابقة، وأن لا يكون فيها غش أو خداع، أو استغلال أو ظلم.

٢ ـ قيود واردة على استعمال الملك

لم يترك الإسلام الحرية المطلقة للمالك أن يفعل ما يشاء، بل أوجب الإسلام عليه ما يأتي:

(أ) **الاعتدال في الإنفاق**، وحرمة الإسراف والتبذير، والبخل، فقال تعالى: ﴿وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلْمِسْكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ﴿٢٦﴾ إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓاْ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا﴾[2]، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ

---

(١) الحديث صحيح رواه عدد من الصحابة منهم: سعيد بن زيد، وعائشة، وسمرة بن جندب، وعبادة بن الصامت، وغيرهم. . . انظر: سنن أبي داود الحديث ٣٠٧٣، والبيهقي (٦/ ١٤٢)، والترمذي (١/ ٢٥٩)، وأحمد (٥/ ٣٢٦)، ويراجع: إرواء الغليل (٥/ ٣٥٣).

(٢) سورة الإسراء: الآيتان ٢٦، ٢٧.

﴿مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ ٱلْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾[1].

(ب) **عدم استعمال ما حرمه الشرع**، مثل استعمال الذهب ولبس الحرير للرجال، وأواني الذهب والفضة للرجال والنساء.

(ج) **وجوب تنمية المال واستثماره**، وعدم تعطيله في الجملة، يقول محمد بن الحسن الشيباني: (ثم المذهب عند جمهور الفقهاء أن الكسب بقدر ما لا بدّ منه فريضة)[2].

(د) **عدم الإضرار بالغير**، حيث لا يجوز أن يترتب على استعمال ملكه ضرر بيِّن بالآخر سواء كان فرداً أو مجتمعاً، كما ذكرنا بعض الصور الخاصة بالجوار، وذلك للحديث الصحيح الذي يعد من أهم قواعد الفقه الإسلامي، وهو «**لا ضرر ولا ضرار**»، فلا يجوز في الإسلام التعسف في استعمال الحق.

ويدخل في هذا الباب أيضاً منع الاحتكار للطعام، ولكل ما هو من الضروريات، أو الحاجيات العامة، يقول الشاطبي: (لأن طلب الإنسان لحظه حيث أذن له لا بدّ فيه من مراعاة حق الله وحق المخلوقين)[3].

٣ ـ قيود تتعلق بانتقال الملكية

يجب أن تكون أسبابه مشروعة، وأن لا يكون هناك إضرار بالآخر، ولذلك وضعت الشريعة بعض القيود عند الانتقال في الحالات الآتية:

---

(١) سورة الإسراء: الآية ٢٩.

(٢) الكسب، تحقيق الدكتور سهيل زكار ط. دمشق ص٤٤، ٦٣، ويراجع: د. علي القره داغي: حكم الاستثمار في الأسهم ط. مطابع الدوحة الحديثة ص٧ وما بعدها، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣٩/ ٤٠)، والدكتور عبد السلام العبادي: الملكية... (٢/ ٢٠ ـ ٤١٥).

(٣) الموافقات (٣/ ٢٤٧).

(أ) حالة ما إذا كان العاقد الناقل للملكية محجوراً عليه مفلساً، أو عليه ديون مستغرقة، حيث يمنع من البيع والهبة ونحوهما لمصلحة دائنيه عند جمهور الفقهاء ما عدا أبا حنيفة، كما سيأتي تفصيله عند الحديث عن عوارض الأهلية.

(ب) حالة المريض مرض الموت، حيث تقيد تصرفاته القائمة على الهبة والمحاباة بالثلث لأجل الورثة ـ كما سيأتي ـ .

(ج) حالة المشاركة في العقار أو الجيرة، حيث تثبت الشفعة بالإجماع عند بيع الشريك حصته من العقار[1]، وبالجوار عند الحنفية.

الشفعة وأثرها في انتقال الملك:

الشفعة لغة: هي الضم، والشفع: ضد الوتر[2].

وفي الاصطلاح هي: حق امتلاك العقار المبيع جبراً عن مشتريه بما قام عليه بمثله إن كان مثليًّا، وإلَّا فبقيمته[3]، أو هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض[4].

والشفعة قيد واستثناء من الأصل العام القاضي بحق المالك في التصرف في ماله، وفي بيع حصته لأي شخص. ولكن الشرع أعطى هذا الحق للشريك بالاتفاق، أو الجار الملاصق أو الجار المشترك في حقوق الارتفاق ـ على خلاف ـ حماية له من الأضرار الناتجة لوجود شريك أو جار يضر به، كما أن البائع لا يتضرر به؛ لأنه يأخذ ثمن حصته حسب البيع الجاري.

---

(١) المغني لابن قدامة (٥/ ٥٦٠).
(٢) لسان العرب، والمعجم الوسيط، والمصباح المنير، مادة (شفع).
(٣) يراجع: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٣٧ ـ ١٣٨)، ويراجع: الملكية الشيخ أبو زهرة ص١٤٤.
(٤) يراجع: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٤٢)، والخرشي (٦/ ١٦١)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٩٢)، والمغني (٥/ ٤٥٩).

فالشفعة من محاسن الشريعة وعدلها، وقيامها بمصالح العباد، حيث اقتضت حكمتها دفع الضرر عن المكلفين ما أمكن، وبما أن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض، فإن إثبات حق الشفعة يؤدي إلى دفع ضررهم إن كانوا غير مرغوب فيهم، أو اختيار الصالح منهم، إضافة إلى دفع ضرر مؤونة القسمة واستحداث المرافق ونحوها[١].

حكم الشفعة:

الشفعة مشروعة بالنسبة للشريك بالإجماع؛ للأحاديث التي سبق أن ذكرناها، قال ابن المنذر: (أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار، أو حائط)[٢].

وهي مشروعة بالنسبة للجار الملاصق عند الحنفية، وللجار المشترك في حقوق الارتفاق عند ابن تيمية وابن القيم للأحاديث التي ذكرناها أيضاً عند الحديث عن حقوق الجوار.

لمن تثبت الشفعة؟

تثبت الشفعة للشريك بالاتفاق، وللجار المالك الملاصق عند الحنفية خلافاً للجمهور، وللجار المشترك في حقوق الارتفاق عند بعض الفقهاء[٣]،

---

(١) يراجع: المبسوط (١٤/ ٩١)، وكنز الدقائق (٥/ ٢٣٩)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ١٤٢)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٩٢)، وحاشية البجيرمي (٣/ ١٣٤)، وإعلام الموقعين (٢/ ٢٤٧).

(٢) المغني لابن قدامة (٥/ ٤٦٠)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٥٣)، وفتح الباري(٤/ ٣٤٥)، وقد ذكر الخلاف أبي بكر الأصم، ولكن خلافه هذا بعد ثبوت الإجماع فلا يعتد به، ويراجع: الإجماع للمستشار سعدي أبو حبيب ط. قطر (١/ ٥٧٧).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢٧٠٠)، والخرشي (٦/ ١٧٤)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٩٣)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٩٦)، والمغني (٥/ ٤٦٣)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٢٦/ ١٤٧)، والمحلى (٩/ ٨٥)، وقد استدل القائلون بأن الشفعة في كل شيء مشترك بحديث رواه مسلم عن جابر بلفظ: (من كان له شريك في ربعه أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه)، صحيح مسلم الحديث ١٦٠٨.

وكذلك تثبت الشفعة بين ملاك الطبقات عند الحنفية، والأولوية للطابق المباشر، وفي حالة وجود الشقة المبيعة بين عال وسافل يشترك العالي والسافل في حق الشفعة، وكذلك الحال لو كانت تحت الشقة المبيعة شقتان اشترك صاحباهما في الشفعة، وهكذا[1].

شروط ثبوت الشفعة:

إنما تثبت الشفعة للشريك أو الجار المالك الملاصق بالشروط الآتية:

١ ـ أن يكون انتقال الملك عن طريق البيع ونحوه من المعاوضات المالية الملزمة الباتة (أي: ليس فيها خيار).

أما إذا كان الانتقال بغير عوض كالهبة بلا ثواب، والصدقة، والوصية، والإرث فلا شفعة في قول عامة أهل العلم إلَّا ما حكي عن مالك في رواية عنه وعن ابن أبي ليلى: من ثبوت الشفعة في العقار المنتقل بهبة أو صدقة، ويأخذه الشفيع بقيمته[2]، لكن الراجح هو رأي الجماهير.

٢ ـ أن يكون محل البيع عقاراً (أرضاً أو مبنى أو مصنعاً، أو غراساً)، وهذا رأي جمهور الفقهاء (الحنفية، والشافعية، والصحيح من مذهب المالكية والحنابلة) وخالفهم مالك في رواية، وأحمد في رواية، والظاهرية[3]، ورأي الجمهور هو الراجح لحديث جابر أن النبي ﷺ **«قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»**[4]، حيث يدل الحديث بوضوح على أن الشفعة في العقار المشترك.

---

(١) يراجع لمزيد من التفصيل: شرح الكنز للزيلعي (٥/ ٢٤١)، والفتاوى الهندية (٥/ ٢٦٤) ومرشد الحيران.

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٢٥٥)، والمغني (٥/ ٢٦١).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) حديث صحيح سبق تخريجه.

وقد تأكد هذا المعنى بحديث رواه البيهقي (وإن كان في سنده مقال)، يقول: «**ولا شفعة إلَّا في دار أو عقار**»[1]، وروى عبد الرزاق في المصنف بسنده عن محمد بن أبي بكر أن النبي ﷺ قال: «**لا شفعة في ماء، ولا طريق، ولا فحل يعني النخل**»[2].

٣ ـ أن يظهر الشفيع رغبته بالشفعة بمجرد علمه بالبيع خلال مجلس السماع دون تجاوزه.

وهذا ما يسميه الفقهاء الأحناف: طلب المواثبة، ثم يؤكدها بالإعلان عنها أمام شاهدين، وهذا يسمى: طلب التقرير والإشهاد، فإذا لم يمكنه البائع والمشتري من تحقيق شفعته التجأ إلى القضاء للتنفيذ، وهذا يسمى: طلب الخصومة والتملك[3]، وعلى الفورية الشافعية على الأظهر[4]، والحنابلة على الصحيح[5]، وقد استدلوا بقول النبي ﷺ: «**الشفعة كحل العقال**»[6]، لكنه حديث ضعيف لا ينهض حجة[7]، ولكنهم استدلوا بأن الشفعة شرعت استثناء عن الأصل العام، ولذلك يجب أن لا نوسع فيها ولا في وقتها.

وذهب المالكية إلى أن الشفعة ليست على الفور، ولكن اختلف عنهم

---

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٠٩)، وقال: الإسناد ضعيف.
(٢) مصنف عبد الرزاق (٨/ ٨٧).
(٣) البدائع (٦/ ٢٧١٠)، وفتح القدير (٩/ ٣٨٢)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ٢٢٤ ـ ٢٢٥).
(٤) يراجع تفصيل المذهب في: مغني المحتاج (٢/ ٣٠٧)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢١٣).
(٥) المغني (٥/ ٤٧٧)، ويراجع: الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٦/ ١٥٠).
(٦) رواه ابن ماجه (٢/ ٨٣٥)، الحديث رقم ٢٥٠٠، والبيهقي (٦/ ١٠٨)، ومعنى الحديث: أن الشفعة تفوت إذا لم يسرع صاحبها. انظر: شرح سنن ابن ماجه (١/ ١٨٠).
(٧) السنن الكبرى (٦/ ١٠٨)، والمحلى (٩/ ٢١١)، ومصباح الزجاجة (٣/ ٩١).

في أن وقتها محدد أم لا؟ فلهم قول بأنها لا تنقطع إلَّا بإحداث تغيير في العقار، أو بناء عليه، ولهم قول آخر بأنه محدد بسنة، وهو الأشهر، وقول بأكثر. . .[1].

والراجح هو قول الجمهور؛ لأن في التأخير إضراراً بالشريك والمشتري، والقاعدة الفقهية: «**لا ضرر ولا ضرار**» وأن الضرر يزال، وأن الضرر لا يزال بضرر مثله.

٤ ـ أن لا يتحقق رضا الشفيع بالبيع.

وهذا يعني احتمال رغبته بالشراء. وأما إذا رضي بالبيع فقد سقط حقه، ويكون تحقُّق الرضا بمثل هاتين الحالتين:

(أ) أن يتحقق رضاه بالبيع، وذلك بالتنازل عن حقه صراحة، أو ضمناً مثل حضوره لعقد البيع وهو ساكت، أو يبارك للمشتري على شرائه. قال الشعبي: (من بيعت شفعته وهو شاهد لا يغيرها فلا شفعة له)[2].

وهذا اختيار البخاري[3].

(ب) أن يعرض الشريك (أو الجار) البائع حصته على الشريك الآخر (الشفيع) فيرفضه، أو يأذن له بالبيع لمن يشاء، أو للشخص الراغب في الشراء.

ففي هذه الحالة لا يسقط حقه في الشفعة عند جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية)[4]، مستدلين بأن هذا التنازل

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٢٦٣)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٤٨٤).

(٢) رواه ابن أبي شيبة بسند متصل إلى الشعبي، فتح الباري (٤/ ٤٣٧).

(٣) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع (٤/ ٤٣٧).

(٤) البدائع (٦/ ٢٧١٥)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٤٨٨)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٠٩)، والمغني (٥/ ٥٤١).

إسقاط للحق وإسقاط الحق من قبل ثبوته ووجود سببه غير صحيح، بل غير ممكن.

وذهب أحمد في رواية إلى سقوط حقه[1]، وهذا رأي الحكم، واختيار البخاري[2].

وهو رأي وجيه قوي في نظري يقويه الاستدلال بحديث جابر أن النبي ﷺ قال: «**من كان له شريك في ربعة أو نخل، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ، وإن كره ترك**»[3]، وهذا الحديث الصحيح يدل على أن الشريك إذا عرض على شريكه أمر البيع، ثم تركه لم يبقَ له حق؛ لأنه إذا لم يسقط حقه ليس في استئذانه فائدة.

ويؤكد هذا المعنى حديث جابر في رواية أخرى عند مسلم أيضاً بلفظ: «**قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعة، أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به**»[4].

ما يدفعه الشفيع:

إذا أخذ الشفيع بالشفعة فعليه أن يدفع الثمن المذكور في عقد البيع، فإن كان نقداً فعليه أن يدفعه نقداً، وإن كان ثمنه عقاراً أو عَرَضاً فعليه أن يدفع مثله، فإن لم يقدر على ذلك لم تلزم الشفعة[5].

---

(١) المغني (٥/ ٥٤١).
(٢) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٤/ ٤٣٧).
(٣) صحيح مسلم (٣/ ١٢٢٩) الحديث رقم ١٦٠٨، باب الشفعة، وصحيح ابن حبان (١١/ ٥٨١)، والسنن الكبرى (٦/ ١٠٤، ١٠٩).
(٤) المراجع السابقة.
(٥) هناك تفاصيل في ذلك تراجع لها المصادر السابقة، وبداية المجتهد (٢/ ٢٥٦)، والمغني (٥/ ٤٧٧).

٤ ـ قيود استثنائية للمصالح العامة (حقوق على المال)

إن المال في الإسلام مال الله تعالى والإنسان فيه وكيل مستخلف فقال تعالى: ﴿وَأَنفِقُواْ مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾[1]، ولذلك أوجب الله تعالى الزكاة، والنفقات ـ كما سبق ـ .

وبالإضافة إلى ذلك، فإن الشريعة الإسلامية أعطت الحق لولي الأمر في حالات خاصة تقتضيها المصلحة العامة أن يتخذ بعض الإجراءات المالية التي تقيد نطاق الملكية، في حدود ضيقة، ولذلك نذكر الإجراءات الآتية ونبين حكمها الشرعي، وهي:

١ ـ التأميم ونزع الملكية.

٢ ـ تحديد الملكية الخاصة (الفردية).

٣ ـ فرض الضرائب.

أولاً ـ التأميم ونزع الملكية:

نتحدث أولاً عن التأميم، ثم عن نزع الملكية:

(أ) التأميم:

التأميم مصطلح جديد اشتهر في النظام الاشتراكي، ويقصد به مصادرة الدولة للشركات الكبرى أو نحوها، والمؤسسات المالية التي تحتكر الأنشطة التي تخص قطاعاً عريضاً من الجماهير، ثم تحويلها إلى ملكية الدولة.

فقد عرفه القانونيون بأنه (تحويل مشروع خاص على قدر من الأهمية إلى مشروع عام يدار بطريقة المؤسسة العامة) أي: نزع ملكية المشروعات الخاصة ذات النفع الحيوي، وتحويلها إلى ملكية الدولة[2].

---

(١) سورة الحديد: الآية ٧.

(٢) د. سليمان محمد الطحاوي: مبادىء القانون الإداري ط. دار الفكر العربي ص٥٠٩ ـ ٥١٠.

وقد اشتهر التأميم في ظل الانقلابات العسكرية التي اجتاحت العالم الإسلامي، والتأثر بالأفكار الشيوعية والاشتراكية، مستفيدة من الاستغلال البشع الذي كانت الشركات الرأسمالية المحتكرة تمارسه، حيث إن التأميم ينبع من الفكر الشيوعي القاضي بإلغاء الملكية الفردية.

حكم التأميم[1]:

* في ظل طغيان الاشتراكية (كرد فعل على طغيان الرأسمالية) في عالمنا الإسلامي في فترة الخمسينات والستينات، فقد تأثر بعض المفكرين الإسلاميين بما زين للاشتراكية من تحقيق العدالة الاجتماعية ونحوها فأجازوا التأميم، ولكن اشترطوا التعويض العادل، مستدلين بالحديث الثابت: «**المسلمون شركاء في ثلاث: الماء، والكلأ، والنار**»[2]، حيث يدل بظاهره إثبات مشاركة المسلمين جميعاً في هذه الأمور الثلاثة، وفي ما هو مثلها في كونها من الضروريات أو الحاجيات العامة، وبالتالي لا يجوز تملكها، وإذا تملكها أحد فيجوز للدولة تأميمها . . .[3].

* ولكن هذا الحديث الشريف يثبت هذه المشاركة فيها قبل حيازتها وهي موجودة، ولا زالت، أما إذا حيزت بضوابطها الشرعية فقد أصبحت مملوكة، لها حرمتها الشرعية، كما أن هذه المشاركة الثابتة في هذه الأمور الثلاثة ثابتة بنص الحديث ولا مانع شرعاً في حماية الدولة لها وعدم السماح

---

(١) يراجع لمزيد من التفصيل: الدكتور عبد السلام العبادي: المرجع السابق (٢/ ٣٦٦ ـ ٣٩٥)، حيث استعرض آراء المجيزين والمانعين.

(٢) رواه أبو داود الحديث (٣٤٧٧)، وأحمد (٥/ ٣٦٤)، والبيهقي (٦/ ١٥٠)، وهو حديث صحيح كما في الإرواء (٦/ ٧ ـ ٨).

(٣) د. مصطفى السباعي: اشتراكية الإسلام ص١٦٠ ـ ١٦١، والشيخ محمد الغزالي: الإسلام والأوضاع الاقتصادية ص١٧٥ ـ ١٧٧، ود. عبد الحميد متولي: مبادىء نظام الحكم في الإسلام ص٧٧٢ ـ ٧٧٣.

لأي أحد بالتحكم فيها، وكذلك ما يقاس عليها مثل المعادن الطبيعية (البرية والبحرية) التي ليس لليد البشرية دور في خلقه ووجوده.

وليس كلامنا في هذه الأشياء، وإنما حديثنا حول موضوع تأميم الشركات والمؤسسات الخاصة أي نزع الملكية الخاصة، كما أنه ليس الحديث حول تدخل الدولة لتنظيم أمور المال والاستثمار والتنمية بالقدر المطلوب الذي تتحقق به المصالح العامة، والحماية للجميع.

* **ولذلك،** فالتأميم للأموال الخاصة للشركات أو الأفراد بهذا المعنى وبالتطبيق الذي رأيناه غير جائز، ولا يتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية في الملكية وأحكامها العامة التي تدل بوضوح على وجوب حمايتها، وعدم مسّها إلَّا بدليل خاص، فالأموال محمية في الإسلام كالدماء والأعراض، حيث يقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾[1]، ويقول الرسول ﷺ: «**أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلَّا الله، فمن قال لا إله إلَّا الله عصم مني نفسه وماله إلَّا بحقها، وحسابه على الله**»[2]، ويقول أيضاً: «**كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه**»[3].

بل وردت نصوص خاصة في شدة حرمة غصب شبر من الأرض، حيث يقول النبي ﷺ: «**ومن ظلم قيد شبر من الأرض طوقه الله من سبع أرضين**»[4].

فالآيات والأحاديث في هذا الباب كثيرة أكثر من أن تذكر هنا، ويؤكد

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) الحديث متفق عليه، صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٦/ ١١٢)، ومسلم الحديث ٣٢، ٣٤٣٣.

(٣) الحديث رواه الترمذي ١٩٢٨ بسند صحيح.

(٤) الحديث متفق عليه، صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٥/ ٧٦)، ومسلم١٦١٢.

ذلك أن التطبيق العملي في عصر الرسالة وعصر الخلافة الراشدة بل وفي التاريخ الإسلامي يؤكد حرمة الاعتداء على الأموال الخاصة وأن التأميم لم يحدث طوال هذه القرون السابقة، يقول الأستاذ عبد الله كنون: (ولم يحدث في تاريخ الإسلام أن أخذ مال غني بغير رضاه، وأعطي الفقير، مهما اشتدت الحاجة، وبلغت الفاقة، وإنما كان النبي ﷺ يحض المسلمين على البذل، ويرغبهم في العطاء، من غير أمر ولا عزيمة...)[1].

* أما إذا كان المقصود به هو: تأميم الأموال التي اكتسبها أصحابها بالظلم البيِّن والغصب والطغيان والاستغلال!! فهذا لا يسمى تأميماً، وإنما هو أخذ الحقوق من مغتصبها، وإعادتها إلى أصحابها إن عُرفوا، أو إلى الجهات العامة، فهذا جائز بل مطلوب من الدولة العادلة إعادة الحقوق إلى أصحابها.

(ب) نزع الملكية لأجل المصالح العامة بتعويض عادل:

إن أحكام العقود والمال والملكية تقوم في الشريعة الإسلامية على رضا الشخص، والمشروعية، فلا يتملك الإنسان إلَّا برضاه، وكذلك لا تنزع عنه الملكية إلَّا برضاه، ولكن قد تقتضي المصالح العامة نزعها، وقد حَصَرها الفقه الإسلامي في نطاق ضيق يكمن في الحالات الآتية:

١ ـ نزع الملكية للطرق العامة، وتوسيع المساجد، وشق الترع ونحوها، مما يعدّ من المصالح العامة المحققة، مع وجوب التعويض العادل الذي يقدره الخبراء العدول، وذلك لما روي عن الصحابة رضي الله عنهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين من أصحابها بقيمتها العادلة دون رضاهم، ولما فعله عثمان من توسيع مسجد رسول الله ﷺ[2].

---

(١) بحثه المقدم إلى المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف ص١٨٦.

(٢) يراجع: الطرق الحكمية ص٢٥٩، والأحكام السلطانية للماوردي ص٢٤٥، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٣٧٩)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٥٣)، ومختصر المزني (٢/ ٣٠٩).

٢ ـ نزع الملكية لقضاء دَين ثابت على صاحبه الذي امتنع عن الأداء، وعن بيع ماله، وحينئذ يتدخل القضاء فيقوم ببيعه بمقدار أداء ديونه مبتدئاً بالمنقولات، ثم العقارات عند جمهور الفقهاء[١].

ثانياً ــ تحديد الملكية الخاصة (الفردية):

المقصود بتحديد الملكية الفردية هو: قيام الدولة بتحديد أقصى حد للملكية؛ أي: تحديد سقف معين يمنع المواطن من تجاوزه[٢].

وهذا المصطلح أيضاً دخل عالمنا الإسلامي من خلال الفكر الاشتراكي، حيث كثر الحديث عن تحديد الملكية باعتباره وسيلة من وسائل الإصلاح وبالأخص في دائرة الملكيات الزراعية التي كان فيها فعلاً ظلم كبير للفلاحين واستغلال لجهودهم من قبل الإقطاعيين الذين كانوا يعيشون في ترف ونعيم على حساب هؤلاء الفلاحين الذين كانوا يعملون لهم، ولا يعطى لهم إلَّا الفتات، فكانت حالتهم في أشد حالات الفقر المدقع والضنك والإرهاق.

فحينما جاءت الانقلابات العسكرية في عالمنا استغلت هذه الأوضاع فأصدرت قوانين الإصلاح الزراعي التي حددت الملكية الزراعية بمقدار محدد مختلف في كل دولة، ولم تفرق بين ملك مشروع صحيح، وملك جاء بالظلم والغصب والطغيان، فالتبس الحق بالباطل، وحصل ظلم كبير.

حكم تحديد الملكية الخاصة:

وقد اختلف في حكمه الفقهاء المعاصرون على ثلاثة آراء:

---

(١) يراجع لمزيد من البحث والتفصيل: د. علي القره داغي: مبدأ الرضا في العقود (٥٤٦/١).

(٢) الدكتور عبد السلام العبادي، المرجع السابق (٣٩٨/٢).

الرأي الأول: جواز تحديد الملكية في الملكيات القائمة والمستقبلية:

وهذا رأي جماعة من المعاصرين منهم الدكتور السباعي، والشيخ علي الخفيف، والدكتور عبد الحميد متولي، والدكتور محمد يوسف موسى[1]، وقد كان من مقررات المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية: (يقرر المؤتمر بعد الدراسة المستفيضة لموضوع الملكية أن حق التملك والملكية الخاصة من الحقوق التي قررتها الشريعة الإسلامية وكفلت حمايتها، كما قررت ما يجب في الأموال الخاصة من الحقوق المختلفة، وأن من حق أولياء الأمر في كل بلد أن يحدّوا من حرية التملك بالقدر الذي يكفل درء المفاسد البيّنة، وتحقيق المصالح الراجحة)[2].

بل إن الشيخ علي الخفيف أجاز لولي الأمر نزع الحدّ الزائد دون مقابل وتعويض[3].

وقد استدلوا بما يأتي:

١ ـ إن الانهماك في الاستكثار من المال قد يؤدي إلى التفاوت الحاد بين أفراد الأمة، حيث تتجمع الثروة العامة بأيدي قلة تستغل البقية، حيث قال الشيخ علي الخفيف: (فإذا وصل الأمر إلى مثل هذا كان من الواجب شرعاً علاج هذا الحال بما يرفع الضرر العام الملحق. . .)، وعليه (فإن على ولي الأمر حينئذ أن يعمد إلى علاج هذه الحال دفعاً للضرر، وإذا لم يكن لعلاج

---

(١) يراجع: الدكتور السباعي: اشتراكية الإسلام ص١٦٥، والشيخ علي الخفيف: بحثه في المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف ص١٢٥، وكتابه: الملكية في الشريعة الإسلامية (١/ ٩٣)، والدكتور عبد الحميد متولي: مبادىء نظام الحكم في الإسلام ص٧٥٧، والدكتور محمد يوسف في كتابه: الأموال ونظرية العقد ص٢٠٢ وغيرهم.

(٢) بحوث المؤتمر الأول ص٣٩٤ ـ ٣٩٥.

(٣) الملكية وتحديدها في الإسلام ص١٢٦.

هذه الحال من وسيلة سوى أن يحدّ الملكية الفردية حدًّا لا تتجاوزه جاز له ذلك)[1].

٢ ـ إن الإسلام يكره احتباس المال لدى فئة خاصة من الأمة يتداولونه فقال تعالى: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ. . .﴾[2].

٣ ـ إن الشارع قد حدّ للملكية حدوداً متعددة نظمت كل ما يتعلق بآثارها وحقوقها عندما اقتضت المصلحة ذلك.

٤ ـ إن لولي الأمر الحق في تحديد المباحات التي تشمل الملكية أيضاً، حيث يمكنه أن ينهي هذه الإباحة بحظر يصدر منه لمصلحة تقتضيه؛ لأن طاعة ولي الأمر واجبة، وقد استدل الشيخ علي الخفيف على هذا بما فعله عمر رضي الله عنه من منع الناس في المدينة من أكل اللحوم يومين متتاليين من كل أسبوع وذلك لقلته[3].

المناقشة لهذا الرأي:

والتحقيق أن كل ما ذكر هنا من أدلة لا تنهض حجة على تقييد الملكية.

فما ذكر في الدليل الأول مجرد احتمال وليس مؤكداً، وحتى لو تحقق ذلك فلا يعالج الاستغلال بالظلم، وإنما يعالج بضبط المحددات الشرعية للملكية والإنتاج والتوزيع، وإعادة التوزيع، وقد ثبت بالاستقراء أن التجارب الاشتراكية في عالمنا الإسلامي، بل في الاتحاد السوفيتي قد فشلت في تحقيق العدالة والتكافل والغنى للفقراء.

وأن ما ذكر من حق ولي الأمر في حظر المباح وإباحة المحظور ليس

---

(١) المرجع السابق ص١٢٨.

(٢) سورة الحشر: الآية ٧، ويراجع: بحث الشيخ علي الخفيف ص١٢٨ ـ ١٢٩.

(٣) أخبار عمر ص٤٢٧، والشيخ علي الخفيف: الملكية في الشريعة (١/ ٩٣ ـ ٩٥، والدكتور فتحي الدريني: الحق، ومدى سلطة الدولة في تقييده ص٣٩٢ ـ ٣٩٥.

على إطلاقه فالتحليل أو التحريم تشريع خاص بالله تعالى، وبرسوله بإذنه تعالى، وأن الحاكم ليست له سلطة التحليل، أو التحريم، وإنما له الاجتهاد فيما لا نص فيه، وتطبيق حالات الضرورة والحرج، وتنظيم أمور الناس على ضوء شرع الله، وإلّا أدى ذلك إلى التلاعب بالشريعة وتغيير أحكامها، ولذلك كان التحذير الشديد من القرآن الكريم لتحليل الحرام، أو تحريم الحلال واعتبره افتراءً على الله تعالى وشركاً، فقال تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلنَّسِيٓءُ زِيَادَةٌ فِي ٱلْكُفْرِ يُضَلُّ بِهِ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ يُحِلُّونَهُۥ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُۥ عَامًا لِّيُوَاطِـُٔوا۟ عِدَّةَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ فَيُحِلُّوا۟ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ ۚ زُيِّنَ لَهُمْ سُوٓءُ أَعْمَٰلِهِمْ ۗ وَٱللَّهُ لَا يَهْدِى ٱلْقَوْمَ ٱلْكَٰفِرِينَ﴾[1]، وقال تعالى: ﴿قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَٰلًا قُلْ ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ ۖ أَمْ عَلَى ٱللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾[2].

فما حرّم الله تعالى أو أحله بنص شرعي فلا يجوز تغييره ولا نسخه، حتى ولا تخصيصه إلّا بدليل مثله أي: بنص آخر، إلّا في حالات الضرورة التي تقدر بقدرها.

نعم يجوز لولي الأمر في حالات الضرورة، أو الحاجة العامة تقييد بعض المباحات العامة لفترة زمنية محددة، وهذا ما فعله عمر رضي الله عنه فهو لم يحرم أكل اللحم، وإنما حدد زمناً خاصًا لمن يشتري اللحم من مجزرة المدينة حتى يسع لكل الناس، وهذا مثلما تقوم به بعض الدول عند الحروب والحصار بترتيب البطاقات التموينية لتنظيم المواد الغذائية، فهذا ونحوه ليس من باب تحديد الملكية بسقف معين.

الرأي الثاني: جواز التحديد بالنسبة للملكيات المستقبلية، وليست القائمة:

وهذا رأي ذكره الأستاذ السباعي[3].

---

(١) سورة التوبة: الآية ٣٧.

(٢) سورة يونس: الآية ٥٩.

(٣) اشتراكية الإسلام ص٣٨٦.

وهو مبني على أن الملك الثابت لشخص لا يجوز تحديده، وإلَّا أدى إلى نزعه دون وجه حق، أما للمستقبل فيجوز للدولة تحديد الملكية.

الرأي الثالث: عدم جواز تحديد الملكية بأي حال من الأحوال:

وهذا رأي ثلة من العلماء المعاصرين منهم الشيخ عبد الله كنون، والشيخ محمد الحامد، والشيخ عبد العزيز البدري، والدكتور عبد السلام العبادي[1].

وقد استدلوا لذلك بعدة أدلة من أهمها:

١ ـ إن تحديد الملكية الفردية يتعارض مع الفطرة البشرية التي أشار القرآن الكريم إليها، فقال تعالى: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَٰتِ مِنَ ٱلنِّسَآءِ وَٱلْبَنِينَ وَٱلْقَنَٰطِيرِ ٱلْمُقَنطَرَةِ مِنَ ٱلذَّهَبِ وَٱلْفِضَّةِ وَٱلْخَيْلِ ٱلْمُسَوَّمَةِ وَٱلْأَنْعَٰمِ وَٱلْحَرْثِ ۗ ذَٰلِكَ مَتَٰعُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۖ وَٱللَّهُ عِندَهُۥ حُسْنُ ٱلْمَـَٔابِ﴾[2].

ويعلل الكثيرون من المحللين أن أهم سبب لانهيار الاتحاد السوفيتي هو تبنيه لإلغاء الملكية الذي يفقد روح المنافسة، ويقضي على الإبداع والتعمير.

٢ ـ إن المفاضلة في الرزق سُنَّة من سُنن الله تعالى التي بها تسير الأمور بانتظام ويتحقق التكافل، ويزداد التنافس للتعمير، دلت عليها آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَرْزُقُ مَن يَشَآءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ فِى ٱلرِّزْقِ﴾[4]، وقوله: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى جَعَلَكُمْ خَلَٰٓئِفَ

---

(١) يراجع: عبد الله كنون: بحثه السابق حول تحديد الملكية، والمقدم إلى المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية ص١٨٧، والشيخ محمد الحامد: كتابه نظرات في كتاب اشتراكية الإسلام ص١٠٢، والشيخ عبد العزيز البدري: حكم الإسلام في الاشتراكية ص٧٢، والدكتور عبد السلام العبادي: الملكية (٢/ ٣٩٩ ـ ٤٠٩).

(٢) سورة آل عمران: الآية ١٤.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢١٢.

(٤) سورة النحل: الآية ٧١.

﴿ٱلْأَرْضِ وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَٰتٍ لِّيَبْلُوَكُمْ فِى مَآ ءَاتَىٰكُمْ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿ٱللَّهُ يَبْسُطُ ٱلرِّزْقَ لِمَن يَشَآءُ وَيَقْدِرُ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُم مَّعِيشَتَهُمْ فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۚ وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَٰتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا ۗ وَرَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ﴾[3].

يقول ابن كثير في تفسيره: (أي: فاوت بينكم في الأرزاق، والأخلاق والمحاسن، والمساوىء، والمناظر، والأشكال، والألوان، وله الحكمة في ذلك. . . ﴿لِّيَبْلُوَكُمْ فِى مَآ ءَاتَىٰكُمْ﴾؛ أي: ليختبركم في الذي أنعم به عليكم، وامتحنكم به ليختبر الغني في غناه، ويسأله عن شكره، والفقير في فقره، ويسأله عن صبره)[4].

ثم قال في تفسير: ﴿سُخْرِيًّا﴾: قيل: معناه ليسخر بعضهم من بعض في الأعمال لاحتياج هذا إلى هذا، وهذا إلى هذا. . .)[5].

يقول الشهيد سيد قطب: (وطبيعة هذه الحياة البشرية قائمة على أساس التفاوت في مواهب الأفراد، والتفاوت فيما يمكن أن يؤديه كل فرد من عمل، والتفاوت في مدى إتقان هذا العمل، وهذا التفاوت ضروري لتنوع الأدوار المطلوبة للخلافة في هذه الأرض، ولو كان جميع الناس نسخاً مكرورة ما أمكن أن تقوم الحياة في هذه الأرض بهذه الصورة. . .، وعن هذا التفاوت في الأدوار يتفاوت الرزق. . . هذه هي القاعدة. . .، أما نسبة التفاوت في الرزق فقد تختلف من مجتمع إلى مجتمع، ومن نظام إلى نظام، ولكنها لا تنفي القاعدة الفطرية المتناسقة مع طبيعة الحياة الضرورية لنمو

---

(١) سورة الأنعام: الآية ١٦٥.

(٢) سورة الرعد: الآية ٢٦.

(٣) سورة الزخرف: الآية ٣٢.

(٤) تفسير ابن كثير (٢/ ٢٠١، ٤/ ١٢٨)، ط. دار الفكر ١٤٠١هـ.

(٥) المرجع السابق نفسه.

الحياة، ومن ثم لم يستطع أصحاب المذاهب المصطنعة المتكلفة أن يساووا بين أجر العامل وأجر المهندس ولا بين أجر الجندي وأجر القائد على شدة ما حاولوا أن يحققوا مذهبهم، وهزموا أمام الناموس الإلهي الذي تقرره هذه الآية من كلام الله تعالى، وهي تكشف عن سنة ثابتة من سنن الحياة... ذلك شأن الرزق والمعاش في هذه الحياة الدنيا)[1].

هذا ما قاله سيد قطب رحمه الله قبل انهيار الاتحاد السوفيتي الذي قام على أساس إلغاء الملكية الفردية، حيث انهار النظام وانكشفت سوءات الشيوعية والاشتراكية؛ فظهر فقر مجتمعها ومشاكله التي لا تعدّ ولا تحصى، وجرائمه، وكذلك انكشفت سوءات الدول الإسلامية التي طبق فيها الانقلابيون العسكريون النظام الشيوعي أو الاشتراكي حيث تحولت من دول غنية إلى دول فقيرة بل معدمة فشلت في تحقيق أي سعادة ورفاهية لشعوبها، وتراكمت عليها الديون الخارجية بفوائدها الكبيرة.

٣ ـ إن تحديد الملكية إما أن يكون بعد التملك فهذا يعني أخذ ما زاد عنه، وهذا غصب، أو قبل التملك فيكون هذا حجراً على الناس، وتضييقاً عليهم في سبيل عيشهم واكتسابهم عبر عنه قوله تعالى: ﴿وَقَالُواْ هَٰذِهِۦٓ أَنْعَٰمٌ وَحَرْثٌ حِجْرٌ لَّا يَطْعَمُهَآ إِلَّا مَن نَّشَآءُ بِزَعْمِهِمْ وَأَنْعَٰمٌ حُرِّمَتْ ظُهُورُهَا وَأَنْعَٰمٌ لَّا يَذْكُرُونَ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا ٱفْتِرَآءً عَلَيْهِ ۚ سَيَجْزِيهِم بِمَا كَانُواْ يَفْتَرُونَ ۝١٣٨ وَقَالُواْ مَا فِى بُطُونِ هَٰذِهِ ٱلْأَنْعَٰمِ خَالِصَةٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِنَا ۖ وَإِن يَكُن مَّيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَآءُ ۚ سَيَجْزِيهِمْ وَصْفَهُمْ ۚ إِنَّهُۥ حَكِيمٌ عَلِيمٌ﴾[2].

٤ ـ أن الخليفة عمر رضي الله عنه لما أراد أن يجعل المهر اثنتي عشرة أوقية اقتداءً بمهر بنات رسول الله ﷺ وتشجيعاً على الزواج، ومع ذلك اعترضت عليه امرأة، فقامت إليه وهو يخطب قائلة له: (ليس ذلك لك،

---

(١) في ظلال القرآن ط. دار الشروق ١٤٠٧هـ (٥/ ٣١٨٦).

(٢) سورة الأنعام: الآيتان ١٣٨، ١٣٩.

ولا لغيرك، وقد قال تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا﴾[1])، فقال عمر: (امرأة أصابت ورجل أخطأ، كل الناس أفقه منك يا عمر)[2]، فكف عن التحديد مع أنه فيه مصالح اجتماعية معتبرة.

وهذا الرأي هو الذي يتفق ـ في نظري ـ مع القواعد العامة للملكية في الشريعة الإسلامية، حيث إنها كلها تؤكد حرمة الاعتداء على الملكية الخاصة، وتضيق نطاقها وحدودها، كما أننا لم نرَ فقيهاً معتبراً ـ حسب علمنا مع بحثنا الشديد، منذ عصر الصحابة إلى ما قبل ظهور الفكر الاشتراكي في عالمنا الإسلامي ـ قال بتحديد الملكية، مع أن هذا الموضوع قديم، وكانت هناك ظروف صعبة مرّ بها العالم الإسلامي تستدعي بحث الموضوع، حتى إن القائلين بالجواز لم يستطيعوا النقل عن أحد الفقهاء المعتبرين القول بذلك.

ولو طبقنا أحكام الشريعة الإسلامية وقيمها العظيمة، وضوابطها الدقيقة في نطاق أسباب كسب المال، وانتقاله واستعماله، وتداوله، واستهلاكه، وتوزيعه، وإعادة توزيعه لما حدث أي ظلم، أو استغلال، أو سوء الإنتاج والتوزيع، وبالتالي لما احتجنا إلى ما يسمى بتحديد الملكية.

ثالثاً: فرض الضرائب:

الضرائب لغة جمع ضريبة وهي ما يؤخذ من خراج الأرض، ونحوها، فضريبة العبد هي من الخراج المقرر عليه، وضريبة الأرض: ما يفرض عليها

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٠.

(٢) رواه سعيد بن منصور، كما في الدر المنثور (٢/٤٦٦)، ورواه عبد الرزاق في مصنفه، والزبير بن بكار من وجه آخر، وأبو يعلى من وجه آخر عن مسروق عن عمر متصلاً، وفي روضة الأحباب أن صداق فاطمة رضي الله عنها كان أربعمائة مثقال فضة... يراجع: تحفة الأحوذي (٤/ ٢١٥)، وعون المعبود (٦/ ٩٥ ـ ٩٦)، ويراجع: تفسير ابن كثير (١/ ٤٦٨).

من خراج[1].

والضريبة مرت في الفكر السياسي والاقتصادي بعدة مراحل، نستطيع أن نعرفها في الفكر المعاصر بأنها: (اقتطاع نقدي جبري يتحمله صاحب المال فيدفعه بلا مقابل وفقاً لقوانين تحدده، مساهمة في الأعباء العامة أو لتحقيق أهداف معينة تطبقها الدولة)[2].

فالضريبة في الفكر الحديث تعتبر التزاماً نقديًّا كقاعدة عامة، في حين كانت في السابق تجبى عينيًّا. كما أنها اليوم نظمت بقوانين تنظم الضريبة وكيفية تحصيلها، في حين كانت الضرائب تؤخذ حسب أهواء الحاكم.

ومن جانب آخر، فإن الضرائب اليوم تؤخذ لتحقيق أهداف اجتماعية، أو استكمال البنية التحتية، أو الصرف على المرافق العامة، أو نحوها، ومع ذلك فإن الضرائب لا تؤخذ في مقابل شيء، أو بعبارة دقيقة لا يذكر في مقابلها شيء، وإنما تقتضيه المواطنة، وإن كانت البرلمانات في الدول الديمقراطية تناقش بدقة كل فلس يؤخذ من الشعب كيف صرف؟ وأين صرف؟ . . .

رأي الفقهاء المسلمين في الضريبة:

ونحن لا نخوض في غمار الضريبة، وإنما نذكر بإيجاز الخلاف بين الفقهاء.

---

(١) لسان العرب، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط، مادة (ضرب).

(٢) يراجع: الدكتور عبد الكريم بركات: النظم الضريبية ط. الدار الجامعية، بيروت ص٢٧، والدكتور علي عباس عباد: النظم الضريبية ط. الإسكندرية ١٩٧٨م ص١٧، وندوة المعاملة الضريبية بالأردن في أكتوبر ١٩٨٤م، والدكتور علي القره داغي: الضريبة والزكاة، المطبوع ضمن بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ص٧ ـ ٥٩، والدكتور صلاح سلطان: سلطة ولي الأمر في فرض الضرائب، ط. سلطان للنشر، ص٢٣١.

حيث ذهب جماعة منهم الضحاك بن مزاحم إلى أنه: **ليس في المال حق سوى الزكاة**، مستدلين بحديث ورد بهذا المعنى[(١)].

في حين ذهب جماعة أخرى منهم إلى وجود حق آخر ـ وبالتالي جواز فرض فرائض مالية إذا اقتضت المصلحة ذلك، كما في حالة الحرب، أو للتنمية، أو التكافل ـ غير الزكاة، ونحوها من الفرائض المالية من الجزية والخراج، والتعشير (أي: أخذ نسبة ١٠٪ من تجارة غير المسلمين داخل البلاد الإسلامية)، والخمس في الركاز، وهذا الرأي اختاره الإمام الطبري، والترمذي، وابن حزم وغيرهم[(٢)].

وهو رأي جماعة من الصحابة والتابعين.

وهو رأي وجيه قوي جدًّا عليه الأدلة المعتبرة من الكتاب والسنَّة.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿لَّيْسَ ٱلْبِرَّ أَن تُوَلُّوا۟ وُجُوهَكُمْ قِبَلَ ٱلْمَشْرِقِ وَٱلْمَغْرِبِ وَلَٰكِنَّ ٱلْبِرَّ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ وَٱلْكِتَٰبِ وَٱلنَّبِيِّۦنَ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَٱلسَّآئِلِينَ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَأَقَامَ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَى ٱلزَّكَوٰةَ وَٱلْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَٰهَدُوا۟ وَٱلصَّٰبِرِينَ فِى ٱلْبَأْسَآءِ وَٱلضَّرَّآءِ وَحِينَ ٱلْبَأْسِ ۗ أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ صَدَقُوا۟ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُتَّقُونَ﴾[(٣)].

ومن السُّنَّة النبوية قول النبي ﷺ: «**في المال حق سوى الزكاة**»[(٤)].

---

(١) ورد حديث بلفظ: (ليس في المال حق سوى الزكاة)، رواه ابن ماجه (١/ ٢٧٠)، والبيهقي (٤/ ٨٤) بسند ضعيف جدًّا، والمجموع للنووي (٥/ ٣٣٢)، وفقه الزكاة (٢/ ٩٦٦).

(٢) تفسير الطبري بتحقيق الشيخ أحمد شاكر (٣/ ٣٤٣)، والمحلى (٥/ ٢١٦)، والشيخ القرضاوي: فقه الزكاة (٢/ ٩٦٤).

(٣) سورة البقرة: الآية ١٧٧.

(٤) رواه الترمذي (٣/ ٤٨)، والطبري في تفسيره (٢/ ١٢٧، ١٢٨)، قال الحافظ ابن كثير في تفسيره (١/ ٢٠٩)، ط. دار الفكر ١٤٠١هـ: (الحديث أخرجه ابن ماجه والترمذي، فيه أبو حمزة ميمون الأعور: ضعيف)، ورواه الدارقطني(٢/ ١٠٧)، =

وقد روى الطبري عند تفسير الآية السابقة، بسنده عن الشعبي: (أنه سئل: هل على الرجل حق في ماله سوى الزكاة؟ قال: نعم، وتلا هذه الآية...).

وفي رواية أخرى قال الشعبي: (حدثتني فاطمة بنت قيس: أنها قالت يا رسول الله: إن لي سبعين مثقالاً من ذهب؟ فقال: «**اجعليها في قرابتك**»).

وفي رواية أخرى قالت فاطمة: (سمعته ﷺ يقول: «**إن في المال حقًّا سوى الزكاة**».

وروى الطبري كذلك عن مزاحم بن زفر أنه قال: (كنت جالساً عند عطاء فأتاه أعرابي، فقال له: إن لي إبلاً فهل عليّ فيها حق بعد الصدقة؟ قال: نعم، قال: ماذا؟ قال: عارية الذلول، وطروق الفحل، والحلب)، وروى مثله عن السدي[1]، ورواه السيوطي عن مسلم بن سيّار[2].

وقد دافع ابن حزم عن هذا الرأي وادعى فيه الإجماع، فذكر أن الصحابة فهموا من بعض أحاديث الرسول ﷺ الدالة على إعطاء ما زاد على صاحبه إلى من به حاجة، أن عليهم حقوقاً كثيرة ـ غير الزكاة ـ من حق الضيف، وحق الماعون، ووجوب التكافل بين المسلمين (حتى رأينا أنه لا حق لأحد منا في فضل... وهذا إجماع الصحابة رضي الله عنهم يخبر بذلك أبو سعيد... والنصوص من القرآن والأحاديث الصحاح كثيرة).

ثم نقل عن علي رضي الله عنه قوله: (إن الله تعالى فرض على الأغنياء في أموالهم بقدر ما يكفي فقراءهم، فإن جاعوا، أو عروا وجهدوا فبمنع الأغنياء، وحق على الله تعالى أن يحاسبهم يوم القيامة ويعذبهم عليه).

= وشرح معاني الآثار للطحاوي ط. دار الكتب العلمية ١٣٩٩هـ، ومصنف ابن أبي شيبة (٢/ ٤١١)، الفردوس (٣/ ١٣٩)، المطالب العالية (٥/ ٥٩٢).

(١) تفسير الطبري، تحقيق أحمد شاكر ط. ابن حزم ١٤٢٣هـ (٢/ ١٢٧، ١٢٨).

(٢) الدر المنثور (١/ ٤١٦).

وكذلك نقل عن عمر، وابن عمر وعدد كبير من الصحابة أن في المال حقًّا سوى الزكاة، ولا سيما لدفع الفقر والحاجة، حيث قال: (وصح عن أبي عبيدة وثلاثمائة من الصحابة رضي الله عنهم: أن زادهم فَنِيَ، فأمرهم أبو عبيدة، فجمعوا أزوادهم في مزودتين، وجعل يقوتهم إياها على السواء. فهذا إجماع مقطوع به من الصحابة لا مخالف لهم منهم. وصح عن الشعبي، ومجاهد، وطاوس وغيرهم كلهم يقول: في المال حق سوى الزكاة... وما نعلم عن أحد منهم خلافاً إلّا عن الضحاك بن مزاحم، فإنه قال: نسخت الزكاة كل حق في المال)[1].

وبالتدبر فيما قاله الصحابة والتابعون رضي الله عنهم، نرى أنهم كانوا يتحدثون عن حقوق الفقراء والمحتاجين والضيوف ونحوهم على الأغنياء. أما قيام الدولة بفرض ضرائب لحالات الحرب، أو للتنمية، أو للإنفاق العام فيمكن أن يقاس على ما سبق إذا توافرت الشروط المطلوبة، ومن أهمها مراعاة الحاجة الحقيقية، والعدالة.

وقد صدرت بشأنها فتوى من الندوة الرابعة للهيئة العالمية للزكاة نصت على ما يأتي:

(٢ ـ (أ) الأصل أن يكون تمويل ميزانية الدولة من إيرادات الأملاك العامة وغيرها من الموارد المالية المشروعة، فإذا لم تكف هذه الموارد جاز لولي الأمر أن يوظف الضرائب بصورة عادلة لمقابلة نفقات الدولة التي لا يجوز الصرف عليها من الزكاة، أو لسد العجز في إيرادات الزكاة عن كفاية مستحقيها.

(ب) بما أن سند جواز التوظيف الضريبي هو قاعدة المصالح فيجب مراعاة المصلحة المعتبرة عند فرض الضرائب في ضوء النظام المالي الإسلامي والاهتداء بالقواعد الشرعية العامة ومقاصد الشريعة.

---

(١) المحلى ط. دار الآفاق الجديدة (١٥٨/٦).

(ج) يشترط لتوظيف الضرائب أن تكون الحاجة إلى فرضها حقيقية.

(د) يجب أن تراعى العدالة بمعيارها الشرعي في توزيع أعبائها، وفي استعمال حصيلتها، وأن يخضع فرضها وصرفها لجهة رقابية موثوقة متخصصة.

٣ ـ (أ) إن أداء الضريبة المفروضة من الدولة لا يجزىء من إيتاء الزكاة نظراً لاختلافهما من حيث مصدر التكليف والغاية منه، فضلاً عن الوعاء والقدر الواجب والمصاريف، ولا تحسم مبالغ الضريبة من مقدار الزكاة الواجبة).

وبهذا أختم الكلام مختصراً حول الملكية وأقسامها وأسبابها لأنتقل بعده إلى بحث نظرية العقد، وبالله التوفيق.



القسم الثالث



مقدمة في العقد

(نظرية العقد)

* التعريف بالنظرية، ومدى وجودها في الفقه الإسلامي؟
* التعريف بالعقد.
* نطاق العقد.
* أقسام العقد.
* أركان العقد وشروطه.
* الحرية التعاقدية.
* الخيارات.
* أحكام العقد، وآثاره.
* انتهاء العقد وفسخه.
* الإرادة المنفردة.

نظرية العقد

التعريف بالنظرية ومدى وجودها في الفقه الإسلامي

النظرية لغة: مصدر منسوب إلى النظر، وهو لغة بمعنى الرؤية، والبصر، والتدبر، والتأمل، والانتظار والتأخير، وبمعنى المثل والشبه، والجدل، وهو عبارة عن تقليب الحدقة نحو المرئي التماساً لرؤيته[(١)]، يقول أبو البقاء: (ولما كانت الرؤية من توابع النظر ولوازمه غالباً، أجري لفظ النظر على الرؤية على سبيل إطلاق السبب على المسبب)[(٢)].

والنظر عند علماء الكلام هو: ترتيب أمور معلومة على وجه يؤدي إلى استعلام ما ليس بمعلوم.

وقيل هو: عبارة عن حركة القلب لطلب علم عن علم.

والخلاصة: أنَّ النظر هو الاستدلال العقلي للوصول إلى العلم بالشيء.

لكنهم اختلفوا في طبيعة العلم الحاصل بعد النظر، فذهب أكثرهم إلى أنه يتحقق بطريق العقل مع إثبات القدرة لله تعالى في كل شيء[(٣)].

وقد تكرر لفظ (نظر) ومشتقاته في القرآن الكريم حوالى مائة وتسع وعشرين مرَّة، بالمعاني اللغوية السابقة، منها: الرؤية، والتأمُّل، والتدبُّر، والتفكُّر، والانتظار، ونحوها.

---

(١) القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط مادة (نظر).

(٢) الكليات لأبي البقاء، ط. مؤسسة الرسالة، (ص٩٠٤ ـ ٩٠٦).

(٣) الكليات لأبي البقاء (ص٩٠٥، ٩٠٦).

يقول الرَّاغب الأصفهاني: (النظر تقليب البصر والبصيرة، لإدراك الشيء ورؤيته، وقد يراد به التأمل والفحص، وقد يراد به المعرفة الحاصلة بعد الفحص، وهو الرؤية، وقوله تعالى: ﴿قُلِ ٱنظُرُواْ مَاذَا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِۚ...﴾[1]؛ أي: تأملوا، واستعمال النظر في البصر أكثر عند العامة، وفي البصيرة أكثر عند الخاصة...)[2].

والنظرية: يقصد بها الآن: التصوُّر المجرَّد الجامع للقواعد العامة الضابطة للأحكام الفرعية الجزئية[3]، فيقال: نظرية الالتزام؛ أي: التصوُّر الجامع المحيط بجميع الجوانب الخاصة بالالتزام من حيث حقيقته، ومصادره، وانتهاؤه، ونقله، وكل ما يتعلَّق به، وهكذا نظرية العقد؛ أي: التصور الجامع بكل ما يتعلق بالعقد في دراسة واحدة.

والنظرية: لا تتضمن حكماً فقهيًّا ـ كما رأينا ـ على عكس القواعد الفقهية التي تتضمن أحكاماً فقهية، سواء كانت أحكاماً تكليفية، أم أحكاماً وضعية.

ومما هو شائع بين دارسي القانون وحتى لدى الباحثين الشرعيين، أن الفقه الإسلامي لا يتضمن النظريات الفقهية، وإنما يتضمن مجموعة الأحكام الفرعية[4].

وهذا التصور خاطىء، وذلك لأن الفقه الإسلامي وإن لم يوسع في دائرة النظريات العامة خوفاً من الوقوع في التعارض مع الأدلة الفرعية، ولكنه توجد مجموعة من المسائل تنطبق عليها النظريات الفقهية مثل: الأهلية، والعرف، والمصالح، وغيرها، حيث درسها الفقهاء وجمعوا حولها كل ما يتعلق بها، وإن لم يطلقوا عليها اسم النظريات.

---

(١) سورة يونس: الآية ١٠١.

(٢) المفردات في غريب القرآن، ط. دار المعرفة ببيروت، (ص٤٩٧، ٤٩٨).

(٣) د. جمال الدين عطية: التنظير الفقهي، ط. مطبعة المدينة، (ص٩).

(٤) ذكر هذا الرأي د. جمال الدين عطية، ورد عليه: المرجع السابق (ص٩) وما بعدها.

بل إن علم أصول الفقه يتضمن مجموعة كبيرة من هذه النظريات التي ذكرناها آنفاً، بل إنه في حقيقته ـ كما يقول الأستاذ النشار[١] وغيره ـ الفلسفة الإسلامية الدقيقة والمنهج الأصيل للاستنباط والاجتهاد.

ولم تتوقف حركة التنظير الفقهي في علم أصول الفقه، بل اتسعت دائرتها لتشمل القواعد الفقهية الكلية، مثل (الأمور بمقاصدها) و (الخراج بالضمان)[٢]، و (لا ضرر ولا ضرار)[٣]، و (اليقين لا يزول بالشك) ونحوها، حيث تنظم كل قاعدة من هذه القواعد آلافاً من المسائل والجزئيات[٤].

وكذلك علم الفروق سواء كانت فروقاً بين الأصول والمسائل الأصولية، أم بين المسائل الفرعية الجزئية[٥].

وكذلك كتب الأشباه والنظائر[٦]، وتخريج الفروع على الأصول[٧] ونحوها.

---

(١) كتابه: مناهج البحث عند مفكري الإسلام (ص٦٦).

(٢) هذه القاعدة هي حديث صحيح رواه أحمد (٦/ ٤٩، ٢٠٨، ٣٢٧)، والترمذي ـ مع تحفة الأحوذي ـ (٤/ ٧٠٥)، والنسائي (٧/ ٢٢٣)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤)، وأبو داود ـ مع عون المعبود ـ (٩/ ٤١٥، ٤١٧، ٤١٨).

(٣) هذه القاعدة أيضاً حديث صحيح رواه مالك، الموطأ (ص٤٦٤)، وأحمد (١/ ٣١٣، ٥/ ٣٢٧)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٤).

(٤) يراجع في علم القواعد: الأشباه والنظائر للسبكي، ط. دار الكتب العلمية، والأشباه والنظائر للسيوطي، ط. دار الكتب العلمية ببيروت، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، ط. دار الكتب العلمية ببيروت، والقواعد الفقهية للدكتور علي الندوي وغيره من المعاصرين.

(٥) الفروق للقرافي، ط. دار إحياء الكتب العربية بمصر ١٣٤٤هـ، وتهذيب الفروق بهامشه.

(٦) يراجع: الأشباه والنظائر للسبكي، ط. دار الكتب العلمية، والأشباه والنظائر للسيوطي السابق الإشارة إليهما، والأشباه والنظائر لابن نجيم.

(٧) يراجع: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني، تحقيق د. محمد أديب صالح، ط. الرسالة ١٣٩٩هـ.

كل هذه العلوم تجد بين ثناياها مجموعة من النظريات، بل إنها هي نفسها قائمة على فكرة التنظير والتقعيد والتأصيل والتفريع والتخريج، مع بيان ما يدخل في الموضوع، وما يستثنى منه، لا يسع المجال لذكرها هنا.

وأمَّا المعاصرون، فقد أولوا عناية قصوى بهذه النظريات فأصَّلوها، حيث ذكر الأستاذ الدكتور جمال الدين عطية قائمة طويلة، منها:

المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا، وضوابط المصلحة للدكتور البوطي، ونظرية المصلحة للدكتور حسين حامد، ونظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للدكتور محمد سلام مدكور، ومصادر الحق للسنهوري، والأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى، ونظرية التعسُّف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريني، والملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة، ومبدأ الرضا في العقود في الشريعة والقانون للدكتور علي القره داغي، ونظريات في الفقه الجنائي الإسلامي للدكتور فتحي بهنسي، ونظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم، والنظريات السياسية للدكتور محمد ضياء الدِّين الريس، وآثار الحرب للدكتور وهبة الزحيلي(١).

التعريف بالعقد

١ ــ العقد لغة:

العقد لغة: الشد، والربط المادي والمعنوي، ونقيض الحلّ، والعزم، والجمع، والعهد، ونحوه(٢).

وقد ورد في القرآن الكريم بلفظ (العقود)، فقال تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾(٣)، وقد فسَّرها المفسرون بأنها تشمل جميع العقود

---

(١) يراجع: د. جمال الدين عطية: التنظير الفقهي من (ص٥٢) وما بعدها.

(٢) القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط، مادة (عقد).

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

والمواثيق التي تتم بإرادة واحدة أو بأكثر، وسواء كانت بين الإنسان وأخيه الإنسان، أو بينه وبين ربه[1].

ووردت في القرآن الكريم ألفاظ أخرى مشتقة من العقد، ولكنها تدور حول معانيها اللغوية السابقة، وكذلك الحال في السنَّة النبوية المشرفة[2].

٢ ـ العقد في الاصطلاح الفقهي الإسلامي:

يدور العقد في اصطلاح الفقهاء (علماء الشريعة الإسلامية) على معنيين: عام، وخاصّ:

الأوَّل ـ المعنى العام للعقد:

وهو كل التزام تعهَّد الإنسان بالوفاء به، سواء التزم في مقابل التزام آخر كالبيع ونحوه، أم لا، كاليمين، والطلاق، والنذور؛ وسواء كان التزامه التزاماً دينيًّا، كأداء الفرائض والواجبات، وترك المحرمات، أم التزاماً دنيويًّا.

قال الشافعي: «فظاهره ـ أي: الوفاء بالعقود ـ عام على كل عقد، ويشبه أن يكون الله تعالى أراد أن يوفوا بكل عقد، وكل عقد نذر»[3].

وقال أحمد: العقود هي العهود كلها[4]، وهذا ما ذكره المفسرون في

---

(١) المفردات في غريب القرآن للأصفهاني (ص٣٤١)، وتفسير الطبري بتحقيق محمد شاكر، ط. دار المعارف (٩/ ٤٥١)، وتفسير القرطبي ط. دار الكتب (٤/ ٣٠)، وأحكام القرآن للجصاص (٢/ ١٩٢).

(٢) يراجع لمزيد من البحث والتفصيل: أ. د. علي محيي الدين القره داغي: مبدأ الرضا في العقود (١/ ١٠٦ ـ ١١١).

(٣) أحكام القرآن للشافعي (٢/ ٦٥، ٦٦).

(٤) قاعدة العقود لابن تيمية ـ التي نشرتها دار المعرفة في لبنان خطأ باسم نظرية العقد ـ (ص٩٥).

تفسير قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾[1] أنَّها تشمل عقود الأَيمان، والنكاح، والعهد، والحلف، والبيع.

كما تشمل الفرائض، والواجبات والمحرمات[2].

قال ابن العربي: «إذا ثبت هذا فربط العقد تارة يكون مع الله تعالى، وتارة يكون مع الآدمي، وتارة يكون بالقول، وتارة يكون بالفعل»[3].

غير أن الجصاص قد اتَّخذ لنفسه مسلكاً خاصًا، وهو أنه وإن كان مع معظم المفسرين في تعميم العقد لكل ما يلتزم به الإنسان سواء كان صادراً من شخص واحد، أو من طرفين متقابلين، لكنه اشترط أن يكون التزامه بشيء يتحقق في المستقبل فقال: «العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه؛ لأنَّ العقد إذا كان في أصل اللغة الشد، ثمَّ نقل إلى الأيمان والعقود، فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره، وإيجابه عليه، وهذا إنَّما يتناول منه ما كان منتظراً مُراعًى في المستقبل من الأوقات؛ فيسمَّى البيع، والنكاح، وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأن كل واحد منهم ـ أي: المتعاقِدين ـ قد ألزم نفسه الوفاء به، وسُمِّي اليمين على المستقبل عقداً؛ لأنَّ الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك. . . . وكذلك العهد والأمان. . . وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور، وإيجاب القرب، وما جرى مجرى ذلك، وكذلك الطلاق المعلَّق على شيء في المستقبل»[4].

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) تفسير الطبري (٩/ ٤٤٩)، وأحكام القرآن لإلكيا الهراسي (٣/ ٩)، وأحكام القرآن لابن العربي (٢/ ٥٢٤)، وتفسير الطبري (٦/ ٣١)، وتفسير ابن كثير (٣/ ٥).

(٣) أحكام القرآن لابن العربي (٢/ ٥٢٦).

(٤) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٩٤، ٢٩٥).

ثمَّ بيَّن الجصَّاص أنَّ ما لا يتعلق بمعنى في المستقبل لا يسمى عقداً؛ لأنَّه لا يمكن الوفاء به، فمدار العقد عنده على التزام يمكن الوفاء به، وبَرْهن على ذلك لغويًّا فقال: لأنَّ العقد هو ضد الحلّ، ومعلوم أنَّ ما قد وقع يستحيل حله[1].

وهذا المعنى الواسع الذي ذكره المفسرون للعقد لا يخرج عن أصل معناه اللغوي، وهو: مطلق الربط والشد والإحكام والتوثيق والعهد، وبهذا التعميم قد أورده كثير من الفقهاء.

فقد نقل الجصَّاص عن الإمام أبي حنيفة أنه أطلق العقد على اليمين المتعلق بالمستقبل[2].

وأطلق الإمام الشافعي العقد على النذر[3].

وأطلق أبو المظفر السمعاني (٤٨٩) العقد على الطلاق[4].

وقد قال الإمام النووي (ت ٦٧٦هـ): العقد ضربان: ضرب ينفرد به الشخص، وضرب لا بدَّ فيه من متعاقدين، أمَّا الذي ينفرد به العاقد فسبعة: عقد النذر، وعقد اليمين، وعقد الطلاق، وعقد الضمان، وعقد الصلاة ـ لا الجمعة ـ وعقد الحج، وعقد العمرة. . .»[5].

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٩٥).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٢٩٦)، وراجع: تكملة فتح القدير (٦/ ٢١).

(٣) أحكام القرآن للشافعي (٢/ ٦٦).

(٤) الاصطلام في الخلاف ـ مخطوطة اطلعت عليها في إستانبول بمكتبة جار الله ٥٨٢، ورقة (١٩٩).

(٥) مجموعة القواعد للنووي، مخطوطة الأزهر (٢١٧٠)؛ فقه الشافعي ورقة (٩١). هذا وقد أخذ القاضي زكريا هذا التقسيم من النووي وأودعه في كتابه شرح التحرير (٢/ ٣) كما أخذه عنه الزركشي في القواعد، ط. وزارة أوقاف الكويت (٢/ ٣٩٧).

وذكر ابن الهمام (ت ٨٦١هـ) وصاحب جامع الفصولين من أنواع العقد: الطلاق والعتاق[١].

وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية من ضمن العقود: العتق، وعقد الولاء، والطاعة، والنذر، واليمين، كما أطلقها على المعاهدات التي تتم بين المسلمين والكفار[٢]، وكذلك فعل العلامة المرداوي الحنبلي[٣].

ونقل ابن رجب عن القاضي أبي يعلى، وأبي الخطاب إطلاق العقد على الطلاق والنذر[٤].

ولا يخفى أن تسمية هذه التصرُّفات عقوداً لا تتم إلَّا على هذا المعنى العام الشامل لكل التزام، سواء كان من طرف واحد، أو من طرفين، وسواء كان بين الأفراد، أو بين الدول ـ بين دولة وأخرى، أو بينها وبين فرد ـ من المعاهدات والأحلاف، وسواء كان عقوداً مالية، أم غير مالية، ثمَّ سواء كان بين العبد وربه، أو بين العباد.

المعنى الثاني: العقد بمعناه الخاص.

وهو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين، الناشيء من إيجاب وقبول.

وهذا المعنى هو المراد في الغالب لدى معظم الفقهاء[٥] عندما يطلقون

---

(١) فتح القدير (٥/ ٧٦)، وجامع الفصولين (٢/ ٢).

(٢) قاعدة العقود (ص١٥، ١٦، ١٨، ٢١).

(٣) الإنصاف (٤/ ٢١١، ٢١٧، ٢٥٩).

(٤) القواعد لابن رجب (ص٥١).

(٥) ينظر: أحكام القرآن للشافعي (٢/ ٦٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣١٨)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٣٣٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٥)، والقواعد لابن رجب (ص٧٤)، والشيخ أبو زهرة: نظرية العقد (ص٢٠١)، والشيخ علي الخفيف: مختصر أحكام المعاملات (ص٧٢)، وأستاذنا الدكتور الشيخ شوكت العدوي: نظرية العقد طبعة (استنسل) لدبلوم الفقه المقارن بكلية الشريعة (ص٢)؛ وأستاذنا الدكتور محمد مصطفى شحاتة: أحكام العقود =

لفظ العقد على هذا المعنى الخاص عند بحثهم عن صيغ العقود من إيجاب وقَبول، أو يريدون به عند الإطلاق هذا المعنى الخاص، فمثلاً: نرى الإمام الشافعي يذكر لفظ العقد عند إرادته النذر مقيداً فيقول: «... أي: ـ أن يوفوا بكل عقد... وكل عقد نذر»[1].

ونقل الآلوسي عن الطوسي: «أنَّ العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون إلَّا بين اثنين»[2].

التعريف المختار للعقد:

لقد وردت ملاحظات كثيرة على التعاريف التي وضعها العلماء للعقد ـ وليس هنا مجال ذكرها[3]ـ ، وفي نظري، ليس أمامنا لتلافي الانتقادات إلَّا هذا التعريف الآتي:

العقد هو: التزام شيء بارتباط الإيجاب والقبول.

والمراد بـ «التزام»: معناه اللغوي، وهو إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له[4]، وهو جنس يشمل كل تعهد سواء كان من طرف واحد، أو أكثر،

= (ص١٦، ١٧)، والدكتور السنهوري: مصادر الحق (١/ ٧٤)، وأستاذنا الدكتور علي مرعي: فسخ العقد في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة سنة ١٩٧٢م (ص١)، والدكاترة/ محمد الدهمي، ومحمود محمد علي، وعبد العزيز العزام: أحكام العقود في الشريعة الإسلامية (ص٤)، والدكتور محمد رأفت عثمان: عقد البيع في الشريعة الإسلامية (ص٨).

(١) أحكام القرآن للشافعي (٢/ ٦٦).

(٢) تفسير الآلوسي (٢٢/ ٢٣٩).

(٣) يراجع: مبدأ الرضا في العقود (ص١١٤ ـ ١٢٥).

(٤) انظر: القاموس المحيط (٤/ ١٧٧)، والمصباح المنير (٢/ ٢١٤)، وقال الحطاب: «الالتزام في عرف الفقهاء، إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً، أو معلقاً على شيء، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص منه وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام وهو الغالب في عرف الناس اليوم».
انظر: فتح العلي المالك، ط. مصطفى الحلبي (١/ ٢١٧).

وتعريف العقد بالالتزام وارد، حيث عرَّفه به الجصَّاص (٣٧٠هـ)، فقال: «العقد ما يعقده العاقد على أمر... لأنَّ العقد إنَّما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه...»[١].

ثمَّ إنَّ إضافة «**التزام**» إلى «**شيء**» للدلالة على أنَّ مجرد «الْتَزَمْتُ»، أو «تعهَّدت»، أو نحوهما دون ذكر الملتزم به صراحة أو دلالة لا يسمَّى عقداً. ثمَّ إنَّ لفظ الشيء عام يشمل القول أو الفعل، أو السكوت.

وقولنا: «بارتباط الإيجاب بالقَبول»: يخرج به الالتزام الحاصل من غير ارتباط الإيجاب بالقبول كالإرادة المنفردة، مثل النذر، والطلاق على غير مال ونحو ذلك.

وفي هذا القيد إشارة إلى أن الإيجاب والقبول إنَّما يسميان عقداً إذا ارتبط الإيجاب بالقبول، فإذا لم يكن بينهما ارتباط، أو طال الفصل بحيث يعتبره العرف قاطعاً لم يتحقق الارتباط، وبالتالي لم يتحقق العقد.

والباء في «بارتباط...» للابتدائية؛ أي: التزاماً يبتدىء أو ينشأ بارتباط الإيجاب بالقبول، **أو للسببية** ـ أي: سبباً في الظاهر ـ، فيكون المعنى: التزاماً ناشئاً بسبب ارتباط الإيجاب بالقبول.

والمراد بالارتباط: هو الارتباط الحسِّي؛ أي: تعلق الإيجاب بالقبول عرفاً، ثمَّ يترتب عليه **الارتباط الحكمي**، وهو وجوب الوفاء بما التزم به الطرفان بجعل الشارع وأمره، قال برهان الشريعة: «لأنَّ الشرع يحكم بأنَّ الإيجاب والقبول الموجودين حساً يرتبطان ارتباطاً حكميًّا، فيحصل معنى شرعي يكون ملك المشتري أثراً له... والمراد بذلك المعنى: المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع ذلك الارتباط للشيء»[٢].

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٩٤)، وقد تبعه القرطبي في تفسيره (٦/ ٣٠).

(٢) الوقاية مخطوطة مكتبة طوب قاب (٣٧٣٣)، ورقة (٧٠)؛ رد المحتار مع الدر المختار (٣/ ٩).

والمراد بالإيجاب: هو التعبير الصادر أوَّلاً الدال على إثبات تعهد، سواء كان بقول أو فعل، أو كتابة، أو إشارة، أو نحوها؛ أي: بأيٍّ وسيلة من وسائل التعبير.

وبالقَبول: هو ما صدر تعبيراً عن الرضا بما أثبته الموجب[(١)].

قال ابن الهمام: «**الإيجاب لغة** الإثبات لأي شيء كان، والمراد هنا إثبات الفعل الخاصّ الدالّ على الرضا الواقع أوَّلاً، سواء وقع من البائع كبعت، أو من المشتري كأن يبتدىء المشتري فيقول: اشتريت منك هذا بألف، **والقَبول**: الفعل الثاني، وإلَّا فكل منهما إيجاب أي: إثبات، فسُمِّي الإثبات الثاني بالقبول تمييزاً له عن الإثبات الأوَّل، ولأنه يقع قَبولاً ورضًا بفعل الأول»[(٢)].

ولذلك فالتحقيق: أنَّ الإيجاب في اللغة: الإثبات، **والقبول**: التصديق[(٣)]؛ فتناسب أن يكون القبول خاصاً بمن صدر عن الثاني.

---

(١) هذا التفسير الذي ذكرناه للإيجاب والقبول هو للحنفية، وأمَّا غيرهم فيظهر من كتبهم أن المراد بالإيجاب هو ما صدر عن عاقد معين مثل المملك أو المؤجر، أو المعير أو نحوه، والقبول هو ما صدر عن العاقد الآخر مثل المتملك، أو المستأجر، أو المستعير، أو نحوه.
انظر في تفصيل ذلك: فتح القدير ـ مع شرح العناية ـ (٥/ ٧٤)، والفتاوي الهندية (٣/ ٤)، والبحر الرائق (٥/ ٢٨٣)، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٤)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٢٨)، والشرح الكبير ـ مع حاشية الدسوقي ـ (٣/ ٤)، والمجموع للنووي (٩/ ١٦٢)، والغاية القصوى (١/ ٤٥٧)، ونهاية المحتاج (٣/ ٣٧٥)، والروضة (٣/ ٣٣٩)، وكشف القناع (٢/ ٣)، والإنصاف (٤/ ٢٦٠).

(٢) فتح القدير (٥/ ٧٤).

(٣) لسان العرب (ص٣٥١٧، ٤٧٦٦)، والمصباح المنير (٢/ ١٤٥، ٣٢٢)، والقاموس المحيط (١/ ١٤١)، (٤/ ٣٤).

ثمَّ إنَّ لفظي: «الإيجاب» و «القبول» يطلقان على ما كان باللفظ أو بالفعل، أو بشيء يدل على المطلوب، إذ لا مانع لغويًّا في هذا الإطلاق[1].

لكن ذهب بعض الفقهاء إلى أنَّهما لا يطلقان إلَّا على اللفظ[2]، وهذا بناء على مذهبهم في عدم صحة البيع بالتعاطي.

غير أنَّ القفال الشاشي الكبير أشار إلى أن الإيجاب والقبول يطلقان على الفعل أيضاً على الرغم من أنَّ مذهبه عدم صحة البيع بالتعاطي[3]، ولذلك فلا داعي إلى زيادة «أو ما يقوم مقامهما» في التعريف لإدخال التعبير بالفعل ونحوه فيه، وذلك لأنَّ الإيجاب والقبول بمثابة الإشعار والدليل على التراضي، وهو ـ كما يقول النووي: ـ يكون بالقول والفعل[4].

وزاد بعض آخر[5] هذا القيد للإشارة إلى إدخال العقود التي يقوم شخص واحد بتولي طرفيه، فحينئذ يقوم تعبيره مقام الإيجاب والقبول كالجد

---

(١) انظر المصادر السابقة.

(٢) انظر: المجموع (٩/ ١٦٢) حيث قال: «ولا ينعقد البيع إلَّا بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا ينعقد بها»، وقال ابن قدامة في المغني (٣/ ٥٦١)، «والبيع على ضربين: أحدهما الإيجاب، والقبول. . . والثاني: المعاطاة». وراجع: الإنصاف (٤/ ٢٦٣).

(٣) حيث قال: «ولا ينعقد البيع إلَّا بالإيجاب والقبول بالقول» حيث قيدهما بالقول لأنَّ ذلك مذهب الشافعي، فلو لم يكن الإيجاب والقبول شاملين للقول والفعل لما قيدهما به.
انظر: حلية العلماء في مذاهب الفقهاء، مخطوطة أيا صوفيا رقم (١١٣٨) (ج ١) ورقة (١٨٦/ أ).

(٤) المجموع للنووي (٩/ ١٦٥)، وفتح القدير (٥/ ٧٤).

(٥) فتح القدير (٢/ ٣٤١) حيث قال: «العقد مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر. . . أو كلام الواحد القائم مقامهما أعني متولي الطرفين».

في جواز إنكاح بنت ابنه عن ابن ابنه الآخر[1]، وكالأب والجد في بيع مال الطفل لنفسه، والوكيل إذا أذن له الموكل في البيع من نفسه وحدَّد الثمن له عند من أجازه[2].

وفي نظرنا لا نحتاج إلى هذه الزيادة؛ لأنَّ القاعدة العامة في العقود هي تعدد طرفيها بأن يكون الموجب شخصاً، والقابل شخصاً آخر، وذلك لاختلاف مصلحة كل واحد منهما، واختلاف مقتضى العقد وآثاره وأغراضه بالنسبة لهما، غير أنَّه في بعض الحالات وعلى سبيل الاستثناء أجيز لواحد أن يتولى طرفي العقد عندما ينتفي المانع من الاتحاد، وحينئذٍ يُكَيَّف في الواقع على فرض وجود التعدُّد حيث إنَّ العاقد ـ باعتباره يمثل الموجب ـ شخص، وباعتباره يمثل القابل شخص آخر.

وبعبارة أخرى: فالتعدد إما على سبيل الحقيقة، أو على سبيل الحكم والتقدير كما في بعض حالات[3].

ثمَّ بعد ذلك يمكننا القول بأنَّ العقد إن توفرت شروطه، وانتفت موانعه يترتب عليه أثره الشرعي بجعل الشارع وأمره، كما يمكننا تقسيمه إلى صحيح، وموقوف، ومنعقد، ولازم، وفاسد. . .

(١) انظر: فتح القدير (٢/ ٣٤٦)، والشرح الكبير ـ مع حاشية الدسوقي ـ (٢/ ٢٢٢)، والقوانين الفقهية (ص١٧٤)، والغاية القصوى (٢/ ٧٢٦)، والأشباه للسيوطي (ص٣٠٦)، والمغني لابن قدامة (٦/ ٤٧٠).

(٢) وهذا جائز عند الحنفية والمالكية والشافعية، قال الزركشي: «إنَّ اتحاد القابل والموجب إنَّما يمتنعان لأجل التهمة»، فإذا انتفت كما في المسائل السابقة جاز.
انظر: الشرح الكبير (٣/ ٣٤٨)، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٤/ ٥٢٥)، والمنثور في القواعد للزركشي (١/ ٨٨، ٨٩).

(٣) قال ابن الهمام في فتح القدير (٢/ ٣٤٤): «أو المراد باللفظين ما هو أعم من الحقيقة والحكم فيدخل متولي الطرفين».

وفي تعريفنا إشارة إلى أن حقيقة العقد تتكون بما يعقده القلب في الباطن، غير أن ذلك لا يظهر إلَّا بالتعبير عنه، فتتحقق عندئذٍ صورة العقد[1].

٣ ـ العقد في القانون المدني:

وأما العقد في التشريعات الحديثة فهو: اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية، أو تعديلها، أو إنهائها[2].

❑❑❑

---

(١) الوسيط للغزالي، مخطوطة دار الكتب (٢٠٦ فقه شافعي طلعت) (ج ٢) ورقة (١٠)؛ والوجيز مع شرحه فتح العزيز (٨/ ٩٧ ـ ٩٩)، والغاية القصوى (١/ ٤٥٧)، وراجع: أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٩٤)، وتفسير القرطبي (٦/ ٣٠)، وفتح القدير (٢/ ٣٤١)، ورد المحتار على الدر المختار (٣/ ٩)، والتعريفات (ص٨٢).

(٢) هذا هو نص المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في مادته (٢٢)، والمشروع الفرنسي الإيطالي في المادة الأولى منه. ويراجع: د. السنهوري، الوسيط (١/ ١٣٧).

نطاق العقد

١ ـ نطاق العقد في الفقه الإسلامي:

يتسع نطاق العقد تبعاً لنظرة الفقهاء إليه.

فقد رأينا أنَّ العقد في اصطلاح المفسرين والفقهاء المتقدمين وغالبية المتأخرين له معنى واسع شامل لكل التعهُّدات، سواء كانت تعهداً منفرداً، أو مزدوجاً، سواء كان تعهداً بين الإنسان وخالقه، أو بين الناس بعضهم لبعض، أو بين الحكومات، أو بين الأفراد والحكومات، وسواء كان الالتزام الناشيء عنه ذات قيمة مالية أم لا.

وأمَّا في ضوء معناه الخاص ـ أي: الالتزام الصادر بين طرفين بإيجاب وقبول، وهو الذي يرد كثيراً عند الإطلاق لدى الفقهاء، ولا سيَّما المتأخرون ـ فلا يشمل الإرادة المنفردة ونحوها، لكنه مع ذلك يتسع نطاقه ليشمل كل الالتزامات المالية وغير المالية، سواء كانت على شكل اتفاقات بين الأفراد، أو بين الحكومات، فقد ذكروا من أقسامه ولاية القضاء، وولاية الوظائف الإدارية ونحوها[1].

---

(١) انظر في تفصيل ذلك: المصادر السابقة في تعريفات العقد.
وراجع: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٩٩)، ومختصر الكرخي مع شرحه للقدوري، مخطوطة تركيا بمكتبة السليمانية رقم (٥٦٣)، ورقة (٩٧)، والقواعد للنووي، مخطوطة الأزهر (٢١٧٠) فقه شافعي ورقة (٨٧)، والأشباه والنظائر لابن نجم (ص٣٣٧)، والقواعد لابن رجب (ص٥١ ـ ٧٤ ـ ٨٦).

٢ ـ نطاق العقد في القانون المدني:

ينحصر العقد في نطاق دائرة القانون الخاص ـ مع القول بشموله للاتِّفاق على إحداث أثر قانوني، أو تعديله أو إنهائه، أو نقله ـ ، فالاتفاقات الدولية، والنيابية بين النائب وناخبيه وكذلك العقود الإدارية، لا تسمى عقوداً في القانون المدني؛ لأنَّ لها قواعدها التي تحكمها.

وهذا ما عبَّرت عنه محكمة القضاء الإداري المصري بمجلس الدولة في حكم صادر لها في ديسمبر/ كانون الأوَّل سنة ١٩٥٢م بقولها:

«إنَّ العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وبين شخص، أو شركاء، أو جماعة، وفي أنها تستهدف مصلحة عامة لسير العمل في مرفق عام، وأنَّ كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئة، إذ يجب أن يُراعى فيها دائماً وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين في تطبيقه، وفي تفسيره، وفي إنهائه، وهو بذلك يخضع للسلطة العامة في توجيه المرافق وتنظيمه...»[١].

يقول الأستاذ الدكتور البدراوي: «يكاد الإجماع ينعقد بين الشراح والقضاء على أن نطاق العقد يجب أن يكون مقصوراً على دائرة روابط القانون الخاص لا روابط القانون العام»[٢]، ثمَّ بعد ذلك يشمل الاتفاقات التي يقف فيها المتعاقدان على قدم المساواة، والتي يذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر، وكذلك يشمل العقود التي توفق بين مصالح متعارضة كالبيع، والشراء، أو بين مصالح متوافقة كالشركة وأشبه ذلك[٣].

---

(١) انظر: د. البدراوي: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري (ص٤٢)، ود. السنهوري: الوسيط (١/ ١٧٤).

(٢) الدكتور البدراوي: المرجع السابق (ص٤٢، ٤٣).

(٣) الدكتور السنهوري: الوسيط (١/ ١٧٤)، والدكتور الصدة: مصادر الالتزام (ص٥٢)، والمصادر السابقة.

غير أنَّه ثار خلاف بين الشراح في شمول العقد للروابط القانونية غير المالية كالزواج ونحوه، فذهب بعضهم[1] إلى أنَّها لا تسمى عقوداً، في حين ذهب آخرون[2] إلى أنها تسمى عقوداً.

وهذا الخلاف يعود إلى اختلاف وجهات النظر إلى العقد.

فالفريق الأوَّل: جعلوا من خصائص العقد أن تكون الالتزامات الناشئة عنه ذات قيمة مالية، وأن تكون الإرادة هي المنشئة للالتزام والآثار، فعندما نظروا إلى هذه الاتفاقات الأسرية وجدوها أنَّها لا تنشىء الأموال من حيث هي، وأن ما يترتب عليها من الأموال كان بحكم القانون.

وأمَّا الفريق الثاني: فقد نظروا إلى عموم العقد وعدم التسليم بتخصيص العقد بالمالية، فالعقد هو الاتِّفاق بين الطرفين، سواء كان ما يترتب عليه مالاً أو غيره، فليس هناك أي دليل في القانون على اشتراط أن تكون آثار العقد ذات قيمة مالية، ثمَّ إن تدخل القانون في تنظيم آثار عقود الزواج ونحوه لا ينفي عنه العقدية؛ لأنَّ الدخول منذ البداية مرتبط بالعاقدين، والآثار تترتب على الاتفاق وإن كانت بحكم القانون، فحينئذٍ لا يجوز القول بأنَّ هذه الاتفاقات لا تسمَّى عقوداً.

صحيح أنَّ القانون ــ وليس الإرادة ــ هو الذي ينظم آثارها، وذلك لأنه إذا كانت القاعدة العامة في العقود هي أنَّ إرادة المتعاقدين هي التي تنظم آثار العقد وتنشئها، غير أنَّ هذه القاعدة مقيدة بقيد النظام العام، ولذلك نرى

---

(١) منهم الأستاذ السنهوري: الوسيط (١/ ١٧٤)، والدكتور حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام (١/ ٣٩)، وعبد المنعم الصدة: مصادر الالتزام (ص٥٢)، وأنور سلطان: النظرية العامة للالتزامات (ص٢٩).

(٢) ومنهم الأستاذ سليمان مرقص: المرجع السابق (ص٤٤)، والدكتور البدراوي: المرجع السابق (ص٤٤، ٤٥)، وبلانيول واسمان: المطول في شرح القانون المدني الفرنسي (٦/ ٢٢).

المشرِّع يتدخل كثيراً في بعض العقود فارضاً إرادته على إرادة المتعاقدين، ومحدداً إرادتهما في كونها في كذا دون كذا، ومع ذلك يظل الاتفاق فيها عقداً كما هو الحال في عقد العمل، وعقد الإيجار؛ لذلك فتنظيم المشرِّع الاتِّفاقات الخاصَّة بنظام الأسرة لا يمكن أن ينفي عنها وصف العقود وأن يستبعد عنها تطبيق الأحكام الخاصة بالعقود، ولا سيَّما شروط الانعقاد والصحة[١].

وهناك فريق ثالث: لم يكتف بحصر العقد في نطاق القانون الخاص، ولا في نطاق المعاملات المالية فحسب، بل ضيق مفهومه بشكل لا يشمل إلَّا العقود التي تتعارض فيها مصالح العاقدين، ويتفاوض في شروطها الطرفان على قدم المساواة، ولذا نراهم لا يطلقون وصف العقد على العقد الذي يجمع بين مصالح متوافقة كما في عقد الشركة، ولا على العقود التي يذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر (كعقود الإذعان)، ولا على العقود التي تنظم أوضاعاً مستقرة كالعقود الجماعية وكتصالح الدائنين مع المفلس، فكل هذه ليست عقوداً في نظرهم، وإنَّما هي مراكز قانونية منظمة، فيكون تفسيرها حينئذٍ كما تفسر القاعدة القانونية طبقاً لما تقضي به الظروف ووفق ما يقتضيه الصَّالح العام[٢].

لكن هذا التضييق ليس عليه دليل لا من مفهوم العقد، ولا من واقع القانون[٣].

ولذلك، فالراجح: هو شمول العقد لكل اتفاق يتم بإيجاب وقَبول، بقصد إنشاء أثر قانوني، أو تعديله، أو إنهائه، من غير نظر إلى تلك الأمور الخارجة عن مفهوم العقد ومدلوله[٤].



---

(١) الدكتور البدراوي: المصدر السابق نفسه، والمصادر السابقة.

(٢) د. حشمت أبو ستيت: المرجع السابق (١/ ٣٩، ٤٠).

(٣) د. البدراوي: المصدر السابق (ص٤٤)، والمصادر السابقة.

(٤) البدراوي: المصدر السابق نفسه.

أقسام العقد

١ ـ أقسام العقد في الفقه الإسلامي

قسَّم الفقهاء المسلمون العقد إلى عدَّة تقسيمات مختلفة[1]، نذكر منها أهمها وهي:

---

(١) يراجع لمزيد من التفصيل: مختصر الكرخي (٣٤٠هـ) مع شرحه للقدوري مخطوطة مكتبة السليمانية رقم (٥٦٣) ورقة (٩٧)، والفتاوي الهندية (٣/ ٢)، وفتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٥/ ١٨٤)، وحاشية رد المحتار على الدر المختار (٥/ ٤٩)، والبحر الرائق (٥/ ٢٧٧)، والأشباه لابن نجيم (ص٣٣٧)، وبداية المجتهد (٢/ ١٢٤، ١٧٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٦)، والحاوي للماوردي، مخطوطة العراق (ج ٥) ورقة (١٢، ١٣)، وفتح العزيز للرافعي ـ بهامش المجموع ـ (٨/ ١٠٢)، ومجموعة القواعد للنووي، مخطوطة الأزهر رقم (٢١٧٠)، ورقة (٨٧)، والمنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٣٩٧ ـ ٤١٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٩٩ ـ ٣١٢)، وشرح التحرير للقاضي زكريا الأنصاري (٢/ ٣)، والقواعد لابن رجب الحنبلي (ص٥٦ ـ ٦٩)، والمغني لابن قدامة (٣/ ٥٩٤، ٥٩٥).

ويراجع من كتب المحدثين: الأستاذ أحمد إبراهيم بك: الالتزامات في الشرع الإسلامي، ط. دار الأنصار (ص٤٨)، والأستاذ الشيخ أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد (ص٤٢٠)، والأستاذ الشيخ علي الخفيف: مختصر أحكام المعاملات (ص١٧٢)، والأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور: المدخل (ص٢٠١)، والدكتور أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد، ط. مؤسسة الثقافة الجامعية (ص٢٩٩)، والأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط. مؤسسة الرسالة (ص٣٦٥)، والدكتور يوسف قاسم: مبادىء الفقه الإسلامي، ط. دار النهضة العربية (ص٣٥٤)، والأستاذ الدكتور محمد مصطفى شحاتة: =

التقسيم الأوَّل للعقد: باعتبار الجواز واللزوم:

فهو ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول: عقد لازم للطرفين: كالبيع والإجارة، والصلح والحوالة، والمساقاة، والهبة لأجنبي بعد القبض، والخلع ونحوها.

الثاني: عقد جائز للطرفين: كالشركة عند الجمهور، والوكالة، والمضاربة عند الجمهور، والوصية، والعارية، والوديعة، والقرض، والجعالة قبل فراغ العمل ونحوها.

الثالث: عقد لازم من أحد الطرفين، وجائز من الآخر: كالرهن حيث هو لازم من جهة الراهن بعد القبض، جائز من جهة المرتهن، وكالضمان والكفالة جائزان من جهة المضمون له دون الضامن، وكعقد الأمان لازم من جهة المؤمِّن، وجائز من جهة المؤمَّن له، ونحو ذلك[1].

ومما يجدر التنبيه عليه أنَّ بعض العقود الجائزة قد تنقلب لازمة إذا أدَّى فسخها إلى ضرر بيِّن، مثل الوصي حيث له عزل نفسه، لكنه إذا علم أنَّ مال

= أحكام العقود، ط. دار التأليف ١٩٧٦م (ص٣٣)، والدكاترة/ محمد أحمد الدهمي، ومحمود محمد علي، وعبد العزيز عزام: أحكام العقود (ص٣٦).

(١) انظر المصادر السابقة، لا سيَّما: المنثور في القواعد (٢/ ٤٠٢).
وقد قسَّم الماوردي (٤٥٠هـ) العقد بهذا الاعتبار إلى أربعة أقسام وهي:
الأوَّل: ما كان لازم من جهة المتعاقدين في الحال، ولا يفضي إلى اللزوم في ثاني الحال، وهو خمسة عقود: الوكالة، والشركة، والمضاربة، والعارية، والوديعة.
الثاني: ما كان غير لازم في الحال، لكن قد يفضي إلى اللزوم في ثاني الحال كالجعالة.
الثالث: ما كان لازماً من جهة أحد المتعاقدين دون العاقد الآخر، كالرهن والضمان والكتابة.
الرابع: ما كان لازماً من جهة المتعاقدين معاً.
انظر: الحاوي الكبير للماوردي، مخطوطة أوقاف العراق (ج ٥) ورقة (١٢، ١٣).

الشخص الذي هو وصي عليه يتلف في حالة عزله نفسه لا يجوز له ذلك[1].

وكالشريك والمقارض، وقد قال الفقهاء: إن العامل إذا فسخ القراض عليه التقاضي والاستيفاء؛ لأنَّ الدَّين ملك ناقص، وقد أخذ المال عن صاحبه كاملاً فلا بدَّ أن يرده كما أخذه[2]، قال الزركشي: «وظاهر كلامهم أنَّه ـ أي: العامل ـ لا ينعزل حتى ينض المال، ويعلم به المالك...»[3].

التقسيم الثاني: باعتبار كون المعقود عليه مالاً أو غيره:

فهو بهذا الاعتبار ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأوَّل: عقد مالي من الطرفين: كالبيع والسَّلَم والإجارة والمضاربة ونحوها.

الثاني: عقد غير مالي من الطرفين: كما في عقد الهدنة، وعقد القضاء.

الثالث: عقد مالي من أحد الطرفين: كالنكاح، والخلع، والصلح عن الدم والجزية[4].

التقسيم الثالث للعقد: باعتبار اشتراط قبض المعقود عليه أم عدم اشتراطه:

حيث ينقسم بهذا الاعتبار إلى أربعة أقسام:

---

(١) المنثور في القواعد (٢/ ٤٠٢)، والقواعد للنووي، مخطوطة الأزهر (٢١٧٠)، فقه شافعي ورقة (٨٧).
(٢) المصادر السابقة.
(٣) المنثور في القواعد (٢/ ٤٠٢).
(٤) المنثور في القواعد (٢/ ٤٠٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٩٩) وما بعدها.

الأوَّل: ما لا يشترط فيه القبض: لا في صحته، ولا في لزومه، ولا في استقراره، مثل النكاح، والحوالة، والوكالة، والوصية، والجعالة.

الثاني: ما يشترط القبض في صحته، مثل الصرف كبيع الدرهم بدرهم حيث يجب القبض في مجلس العقد.

الثالث: ما يشترط القبض في لزومه، كالرهن، والهبة للأجنبي.

الرابع: ما يشترط القبض في استقراره، كالبيع، والسلم، والإجارة، والصداق ونحوها[(١)].

وما عدا النوع الثاني، يترتب على مجرد العقد الآثار دون الحاجة إلى القبض، لكن لزومه أو استقراره يتوقف على القبض[(٢)].

التقسيم الرابع للعقد: باعتبار كونه يتضمن تمليكاً أو إسقاطاً:

حيث ينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأوَّل: عقود التمليكات: وهي ما يكون الغرض منها تمليك عين المال أو منفعته بعوض أو بدونه، **فيتفرَّع منها نوعان**:

النوع الأوَّل: المعاوضات: وهي ما كان التمليك فيها ـ سواء كان تمليك عين المال أو منفعته ـ بمقابل، سواء كان هذا المقابل مالاً أو نحوه، فحينئذ تشمل: ما كانت المبادلة مبادلة مال بمال كالبيع والسلم والقرض ونحوها، وما كانت مبادلة مال بمنفعة مال كالإجارة والاستصناع والمزارعة والمساقاة والمضاربة، وما كانت مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة كالزواج والخلع، وما كانت مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المنافع والمهايأة[(٣)].

---

(١) الأشباه للسيوطي (ص٣٠٥، ٣٠٦)، والمنثور في القواعد (٢/ ٤٠٦).

(٢) المنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٤٠٨).

(٣) الأستاذ أحمد إبراهيم: الالتزامات في الشرع الإسلامي (ص٤٨ ـ ٥١)، الأستاذ مدكور، المدخل (ص٥٨٨)، والدكتور أحمد فراج: المصدر السابق (ص٣٠٧)، والمصادر السابقة.

النوع الثاني: عقود التبرُّعات: وهي ما كان التمليك فيها من غير مقابل، مثل: الهبة، والصدقة، والوصية، والوقف، والإعارة.

إن عقود التمليكات القائمة على المعاوضة تتأثر بالغرر في الوجود أو الحصول، أو المقدار، أو الزمن، في حين أن عقود التبرعات لا تتأثر بالغرر، ولذلك أجيز التأمين التكافلي، ومنع التأمين التجاري.

القسم الثاني: عقود الإسقاطات: وهي ما كان القصد منها إسقاط حق من الحقوق، سواء كان بمقابل كالطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة، وكإسقاط حق القصاص مقابل الدية، ويسمَّى إسقاطاً غير محض، أو كان بدون مقابل كإبراء الدائن المدين والطلاق المجرد عن المال، والعفو عن القصاص بدون مقابل، والتنازل عن حقّ الشفعة ونحو ذلك، ويسمَّى إسقاطاً محضاً[(١)].

فائدة التقسيم: أن عقود التمليكات تحتاج إلى القبول من الطرف الآخر في حين أن الإسقاطات لا تحتاج إلى القبول.

التقسيم الخامس للعقد: باعتبار اشتراط الصيغة أو عدم اشتراطها:

فهو بهذا الاعتبار ينقسم إلى خمسة أقسام:

الأوَّل: ما لا يفتقر إلى الإيجاب والقَبول لفظاً: مثل: الهدية.

الثاني: ما يفتقر إلى الإيجاب والقَبول لفظاً: كالنكاح.

---

(١) الأستاذ أحمد إبراهيم: المصدر السابق (ص٥٠)، الدكتور أحمد فراج حسين: المرجع السابق (ص٣٠٨)، والأستاذ مدكور: المدخل (ص٥٩٠)، والمصادر السابقة.

الثالث: ما يفتقر إلى الإيجاب لفظاً، ولا يفتقر إلى القَبول لفظاً: بل يكفي الفعل، كالوكالة والقراض والوديعة.

الرابع: لا يحتاج حتى إلى الفعل، لكن بشرط أن لا يقوم برده: كالوقف على شخص على ما اختاره النووي.

الخامس: ما لا يرتد بالرد: كالضمان، والإبراء، والصلح عن دم العمد على الدية[1].

التقسيم السادس للعقد: باعتبار وصفه الشرعي[2]:

لم يتفق الفقهاء في أقسام العقد بهذا الوصف، بل حصل خلاف كبير بين الجمهور، والحنفية:

فالحنفيّة ـ على الرأي الغالب ـ **قسموه إلى ثلاثة أقسام: صحيح، وفاسد، وباطل**[3].

وقسمه بعضهم ـ منهم العيني[4] وصاحب الفتاوي الهندية[5]، وداماد

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٩٩ ـ ٣٠٩)، والأشباه لابن نجيم (ص٣٣٦).

(٢) المراد بالوصف الشرعي للعقد هنا هو: إقرار الشارع له، أو عدم إقراره. وفي حالة إقراره: ترتيب الآثار عليه.
انظر: شرحي الإسنوي والبدخشي على المنهاج (١/ ٥٩)، والشيخ أحمد إبراهيم: الالتزامات (ص١٨١)، والأستاذ عبد السلام مدكور: المدخل (ص٥٩٣)، وأستاذنا الدكتور محمد مصطفى شحاتة: المصدر السابق (ص٣٤)، وأستاذنا الدكتور عبد العظيم شرف الدِّين: نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في الحلقة الدراسية الرابعة للبحوث والقانون، ط. الهيئة العامة للكتاب (ص٢٠٤).

(٣) فتح القدير مع شرح العناية (٥/ ٩٨٥)، وحاشية ابن عابدين على الدر المحتار (٤/ ٥٠٣)، والبحر الرائق (٥/ ٢٧٧).

(٤) رمز الحقائق شرح كنز الدقائق، مخطوطة (ص٣٤٧).

(٥) الفتاوي الهندية (٣/ ٣).

أفندي[1] ـ **إلى أربعة أقسام حيث قالوا**: إنَّ العقد إذا أفاد الحكم في الحال **فنافذ**، وإن لم يفده في الحال بل عند الإجازة **فموقوف**، وإن لم يفده في الحال، ولا عند الإجازة، ولكن عند القبض **ففاسد**، وإن لم يفده أصلاً **فباطل**.

فعلى ضوء هذا، يكون الموقوف قسماً مستقلًّا، في حين على ضوء رأي جمهور الحنفية أنَّ الموقوف نوع من العقد الصحيح فيكون قسيماً للعقد النافذ، وهذا هو الراجح؛ لأنَّ العقد الصحيح هو العقد الذي صدر من أهله مضافاً إلى محله، وسلم من خلل في ركنه، وفي وصفه، ثمَّ إن ترتب عليه الأثر مباشرة يسمى نافذاً، وإن احتاج إلى الإجازة فموقوف[2]. ومما يدعم رأي هؤلاء أنَّ المخالفين اتفقوا مع جمهور الحنفية في أنَّ العقد الموقوف لا يسمى باطلاً ولا فاسداً[3].

هذا، وقد وافق جمهور الحنفية في مسلكهم هذا المالكية[4] والشافعيُّ في قول[5]، وأحمد في رواية[6] حيث عدوا الموقوف من أقسام الصحيح.

فقد ذكر الرافعي[7] أن أصل وقف العقود ثلاث مسائل:

إحداها: بيع الفضولي، وفيه قولان أصحهما ـ وهو المنصوص في الجديد ـ أنَّه باطل، والثاني: أنه موقوف، إن أجازه المالك أو المشتري نفذ، وإلَّا بطل.

---

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٤).

(٢) فتح القدير (٥/ ١٨٤)، ورد المحتار على الدر المختار (٤/ ٥٠٣).

(٣) أستاذنا الشيخ العدوي: المرجع السابق (ص١٧٢)، والمصادر السابقة.

(٤) المواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٤٥).

(٥) فتح العزيز في شرح الوجيز (٨/ ١٢١ ـ ١٢٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣١٠)، والمجموع للنووي (٩/ ٢٦١ ـ ٢٦٣)، والمنثور في القواعد (٣/ ٣٤٧).

(٦) المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٢٦).

(٧) فتح العزيز في شرح الوجيز (٨/ ١٢١ ـ ١٢٤).

الثانية: إذا غصب أموالاً، ثمَّ باعها وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى، وفيه قولان للشافعي، أصحهما بطلان الكل، والثاني أنَّ للمالك أن يجيزها ويأخذ الحاصل عنها.

الثالثة: إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي وأنَّ البائع فضولي فكان ميتاً في حالة العقد، وفيه قولان: أصحهما: صحة البيع لمصادفته ملكه، والثاني: المنع؛ لأنَّه لم يقصد قطع الملك.

وذكر إمام الحرمين أنَّ الوقف يطّرد في كل عقد يقبل الاستنابة كالمبايعات، والإجارات، والهبات، والعتق، والطلاق، والنكاح وغيرها[1].

وعلَّق الزركشي والسيوطي على هذه المسائل الثلاث فذكرا أنَّه يستخلص منها أن الوقف نوعان: وقف تبيين، ووقف انعقاد؛ حيث إنَّ الوقف في المسألة الثالثة للتبيين؛ لأنَّ العقد في نفسه إما صحيح وهو ما إذا كان الأب قد توفي، أو باطل وهو ما إذا كان لا يزال حيًّا وقت العقد.

وأمَّا العقد في المسألتين الأوليين فمنعقد على أحد القولين، غير أنَّ الصحة أو نفوذ الملك موقوفان على الإجازة[2].

بل ذكر إمام الحرمين أنَّ الصحة ناجزة على قول الوقف، لكنَّ الملك لا يحصل إلَّا عند الإجازة[3].

وذكر السيوطي بعض أنواع أخرى يعتبر العقد فيها موقوفاً على إجازة المرتهن على أحد قولي الشافعي:

منها: تصرف الراهن في المرهون بما يزيل الملك كبيع وهبة، أو بما يقلل الرغبة كالتزويج غير أنَّ السيوطي رجح القول بالوقف؛ لأنه أولى من

---

(١) فتح العزيز (٨/ ١٢٤).

(٢) المنثور في القواعد (٣/ ٣٤١)، والأشباه والنظائر (ص٣١١).

(٣) فتح العزيز للرافعي بهامش المجموع (٨/ ١٢٤).

القول ببيع الفضولي، وذلك لوجود الملك المقتضي لصحة التصرف في الجملة[1].

ومنها: تصرف المفلس في شيء من أعيان ماله المحجور عليه فيه بغير إذن الغرباء، حيث ذهب الكثيرون من الشافعية إلى أنَّه عقد موقوف.

ومنها: تصرف المريض بالمحاباة فيما زاد على الثلث حيث إنَّ الصحيح وقفه على الوارث، إن أجازه صح، وإلَّا بطل[2].

وكذلك عند المالكية حيث إنَّ تصرف الفضولي موقوف على إجازة مالكه، وكذلك بيع الراهن المرهون موقوف على رضا مرتهنه[3]، ولا يختلف الأمر كذلك عند الحنابلة حيث قالوا إنَّ تصرُّفات الوكيل إذا خالف فيها موكله موقوفة على إجازته[4].

فعلى ضوء ما سبق، فإنَّ استعمال العقد الموقوف كمصطلح له مدلوله الخاص ليس خاصًّا بالحنفية، بل هو وارد وشائع أيضاً عند الجمهور.

وبالإضافة إلى تقسيم الصحيح إلى نافذ وموقوف، فإنَّه ينقسم أيضاً إلى لازم وغير لازم، مع ملاحظة أنَّ الأصل في العقود في الفقه الإسلامي هو الصحة واللزوم.

أمَّا غير اللزوم فهو استثناء لا يقرّ إلَّا حسب مقتضى العقد نفسه[5].

---

(١) الأشباه للسيوطي (ص٣١١).

(٢) المنثور في القواعد (٣/ ٣٤٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣١١).

(٣) الشرح الكبير ـ مع حاشية الدسوقي ـ (٣/ ١١، ١٢).

(٤) المغني، لابن قدامة (٤/ ٢٢٦).

(٥) انظر: فتح القدير (٥/ ٧٤، ١٨٢)، والفتاوي الهندية (٣/ ٣٠٢)، والشرح الكبير ـ مع حاشية الدسوقي ـ (٣/ ٦)، وتهذيب الفروق بهامش الفروق، ط. دار المعرفة (٤/ ٣١)، والمنثور في القواعد (٢/ ٣٩٨)، والأشباه للسيوطي (ص٣٠٠).

يقول الإمام القرافي: «اعلم أن الأصل في العقد اللزوم؛ لأنَّ العقد إنَّما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات، فيناسب ذلك اللزوم دفعاً للحاجة وتحصيلاً للمقصود».

ثمَّ ذكر بأنَّ عدم اللزوم في بعض العقود تستلزمه مصلحة أو ضرورة[1].

ثمَّ إنَّ العقد اللازم، منه ما لا يقبل الفسخ قطعاً، كالطلاق والخلع، وكالنكاح عند الحنفية[2]، **ومنه ما يقبل الفسخ**، كالبيع والسلم، والإجارة ونحوها.

ومعنى عدم قَبول هذه العقود للفسخ أنَّها إذا انعقدت لم يستقل أحد العاقدين بفسخها، وأما معنى قبولها للفسخ فهو أنَّ للعاقدين هذا الحق إذا ما تراضيا، ويكون الفسخ حينئذٍ ليس للعقد؛ لأنَّ الشيء لا يرفع بعد وقوعه، وإنما يكون بالنسبة لآثاره.

وأمَّا العقود غير اللازمة، فمنها ما هو غير لازم للطرفين مثل الوكالة ونحوها، ومنها ما هو غير لازم لأحدهما مثل الرهن فهو لازم من جهة الراهن، وغير لازم من جهة المرتهن[3].

هذه الأقسام كلها أقسام العقد الصحيح.

---

(١) الفروق للقرافي، ط. دار المعرفة ببيروت (٢/ ١٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٥٥٣ ـ ١٥٦٣).
وذهب جمهور الفقهاء ـ المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم ـ إلى أنَّ النكاح عقد يقبل الفسخ وذلك عند وجود أحد العيوب الموجبة للفسخ، كالجب والعنة في الزوج، والرتق ونحوه في الزوجة، وكبعض الأمراض الخطيرة السارية كالجذام والبرص.
انظر تفصيل ذلك في: القوانين الفقهية لابن جزي (ص١٨٥)، والغاية القصوى (٢/ ٧٤١ ـ ٧٤٣)، والمغني لابن قدامة (٦/ ٦٥١ ـ ٦٨٧).

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط. الأميرية بالقاهرة (٢/ ١٢٥)، والفتاوي الهندية (٣/ ٢، ٣)، والأشباه لابن نجيم (ص١٣٤)، والفروق للقرافي (٤/ ١٣)، والمنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٣٩٨)، والأشباه للسيوطي (ص٣٠٠).

العقد غير الصحيح وأقسامه:

وأمَّا غير الصحيح، فقد قسَّمه الحنفية إلى نوعين: باطل، وفاسد.

فيكون تقسيم العقد عندهم ثلاثيًّا: **الصحيح**، الذي يترتب عليه الآثار، أو بعبارة أخرى: المشروع ذاتاً ووصفاً (المجلة، المادة ١٠٨).

والباطل: الذي لا يترتب عليه الآثار، وبعبارة أخرى: هو ما لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه.

والفاسد: الذي شرع بأصله دون وصفه[١].

هذا هو مسلك الحنفية في هذا التقسيم باعتبار وصفه الشرعي.

وأمَّا الجمهور: فلم يرتضوا به، بل حصروا تقسيمه بهذا الاعتبار في الصحيح، وغير الصحيح الذي هو الباطل والفاسد فجعلوهما مترادفين.

محل النزاع، وأدلة الفريقين:

ونحن هنا نذكر محل النزاع وأدلة الفريقين بإيجاز شديد، ومدى صحة ترادف الباطل والفاسد عند الجمهور.

ولا خلاف بين الفريقين[٢] في أنَّ المراد بالصحة في العقود هو ترتب الأثر عليها، وبالبطلان عدم ترتبه عليها.

---

(١) بدائع الصنائع (٣/ ١٥٤٤، ١٥٥٣)، وفتح القدير (٥/ ١٨٥)، وتيسير التحرير، ط. مصطفى الحلبي (٢/ ٢٣٤).

(٢) راجع في تفصيل ذلك: تيسير التحرير لأمير بادشاه على التحرير لابن الهمام (٢/ ٢٣٤)، والتوضيح على التلويح (١/ ٢١٨)، والمنتهى لابن الحاجب، ط. مطبعة السعادة ١٣٢٦هـ (ص٧٣)، والمستصفى للغزالي، ط. الأميرية ١٣٢٢هـ (١/ ٩٤، ٩٥)، والإبهاج في شرح المنهاج، ط. الكليات الأزهرية ١٩٨١م (١/ ٦٨ ـ ٧١)، والإحكام للآمدي، ط. محمد علي صبيح ١٩٦٨م (١/ ١٠٠)، ومنتهى السول للآمدي، ط. محمد علي صبيح (١/ ٣٢)، والمنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٣٠٣)، والتمهيد للإسنوي، ط. مؤسسة الرسالة (ص٥٩)، وتخريج الفروع للزنجاني، ط. جامعة دمشق (ص٧٦).

وبعبارة أخرى: كل عقد إذا أصبح سبباً لترتب الأثر عليه ـ وذلك بتحقق أركانه وشروطه ـ يكون صحيحاً، وإن لم يصبح سبباً لذلك ـ وذلك بأن يتخلف ركن من أركانه ـ يكون باطلاً.

فالجمهور من حيث المبدأ لم ينظروا إلى هذا الموضوع إلَّا بهذا الاعتبار.

قال الإمام الغزالي: «فكل سبب منصوب لحكم ـ كالعقد ـ إذا أقام حكمه المقصود منه يقال: إنه صح، وإن تخلف عنه مقصوده يقال: إنَّه بطل. فالباطل هو الذي لا يثمر؛ لأنَّ السبب مطلوب لثمرته، والصحيح هو الذي أثمره»[١].

غير أنَّ الحنفية وضعوا منزلة بين المنزلتين، وهو كون العقد لا يترتب عليه الأثر من حيث هو، لكنه يصلح لترتبه عليه إذا اتَّصل بالقبض، وسمّوه بالفاسد.

ومن جهة ثانية: رأوا أنَّ المساواة بين عقد كان الخلل في أركانه أو في شروط انعقاده، وعقد كان الخلل في غير أركانه أمر غير دقيق في نظرهم، كما أنَّ الفرق بين ما ثبتت حرمته بدليل قطعي، وما ثبت بدليل ظني أمر معقول يؤيده العقل، ويسنده حتى واقع آراء غيرهم من الأئمة حيث اتفقوا على أنَّ من أنكر شيئاً ثبت بدليل قطعي يكون كافراً، في حين أن من أنكر شيئاً ثابتاً بدليل ظني لا يحكم بكفره[٢]، وكذلك المساواة بين ما نهى لذاته، وما نهى لغير ذاته أمر غير جدير بالقَبول.

ولكل هذه الاعتبارات أبقوا **الباطل** لمَّا كان الخلل في أصله؛ لأنَّ ذلك متفق عليه، **وأطلقوا الفاسد**[٣] على ما هو أخف منه، وهو ما كان الخلل في

---

(١) المستصفى (١/ ٩٤، ٩٥)، وتحقيق المراد للعلائي، ط. دمشق (ص٧٠).

(٢) المصادر السابقة وتخريج الفروع للزنجاني (ص٧٧).

(٣) وقد استند الحنفية في اختيار الباطل اسماً لما هو غير مشروع بأصله ووصفه والفاسد لما هو مشروع بأصله دون وصفه ـ دون العكس ـ على اللغة، حيث يقال: «لؤلؤة فاسدة» إذا بقي أصلها وذهب بياضها ولمعانها، ولحم فاسد إذا نتن ولكن بقي صالحاً للغذاء، ولو قيل: لحم باطل فكان يقصد به أنَّه صار بحيث لم تبق له صلاحية للغذاء.
انظر: فتح القدير (٥/ ١٨٥)، وتيسير التحرير (٢/ ٢٣٦).

وصفه. **وحكموا بأنَّ العقد الباطل** ليس له وجود شرعي ولا يترتب عليه أثر، بل هو في حكم العدم، **وأمَّا الفاسد** فهو عقد منعقد، وإن كان عقداً ممنوعاً أمر الشارع برفعه وفسخه إن لم يتعذر، غير أنَّه إذا نفَّذه العاقدان وتمَّ القبض رتب الشارع عليه بعض الأحكام الشرعية، مثل انتقال الملكية من البائع إلى المشتري في البيع مثلاً، وحتى مع تحقق القبض يظل حق الفسخ واجباً في الشرع لإزالة الفساد إلى أن يتعذر ذلك. **وأمَّا الإثم** فيبقى على العاقدين في كل الأحوال ما داما لم يفسخا.

فعلى هذا، لا خلاف بين الفريقين في حرمة مباشرة البيع الفاسد، كما أنَّه لا خلاف بينهم في أنَّ الباطل والفاسد مترادفان في العبادات[(١)].

وأما في النكاح فقد صرَّح بعض الحنفية بأنَّه لا فرق بين باطله وفاسده، قال ابن الهمام: «لا فرق بين الباطل والفاسد في النكاح بخلاف البيع»[(٢)]، وقال الكاساني: «. . . والأصل فيه إنَّ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة»[(٣)]، ولهذا نرى المرغيناني وغيره يستعمل الباطل في النكاح مكان الفاسد وبالعكس[(٤)].

وقد علَّل الكاساني وغيره ذلك بأنَّ محل النكاح ـ أي: حكمه وهو الملك ـ ينعدم بمجرد الفساد؛ لأنَّ الأصل في البضع هو الحرمة، فلا يثبت الحل إلَّا بنكاح صحيح بخلاف الأموال التي يمكن أن يثبت بعض أحكامها بالقبض[(٥)].

---

(١) انظر: الفصول للأستروشني، مخطوطة مكتبة السليمانية بتركيا رقم (٥٢٨/ ٢٩٧ ـ ٤) ورقة (٢٥٤)، الفصل الخامس والعشرون، وجامع الفصولين (٢/ ٣٦)، وتيسير التحرير (٢/ ٢٣٦).

(٢) فتح القدير (٢/ ٣٨٢)، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (١/ ٣٦٣).

(٣) بدائع الصنائع (٣/ ١٥٥٣).

(٤) الهداية شرحه فتح القدير (٢/ ٣٨٢).

(٥) بدائع الصنائع (٣/ ١٥٥٣)، ويراجع بتوسع في الأدلة وغيرها: مبدأ الرضا في العقود (١/ ١٥٥ ـ ١٧٩).

٢ ـ أقسام العقد في القانون الوضعي

ينقسم العقد في الفقه الوضعي إلى عدَّة تقسيمات باعتبارات مختلفة:

(أ) فهو ينقسم ـ من حيث النظر إلى تكوينه ـ إلى: عقد رضائي، وغير رضائي. **والعقد غير الرضائي**: إمَّا أن يحتاج في تكوينه إلى الشكل فيسمى بالعقد الشكلي، أو يحتاج إلى التسليم فيسمى **بالعقد العيني**.

(ب) ومن حيث التنظيم القانوني ينقسم إلى: عقد مسمى، وعقد غير مسمى.

(ج) من حيث الأثر ينقسم إلى: عقد ملزم لجانب واحد، أو ملزم للجانبين، أو إلى عقد تبرع أو عقد معاوضة.

(د) ومن حيث طبيعته ينقسم إلى: العقد المحدد، والعقد الاحتمالي، أو إلى العقد الفوري، والعقد الزمني...

وغير ذلك من التقسيمات التي هي في الحقيقة من عمل الفقه[١]، وليس من عمل القانون.

ولذلك لم يتعرَّض لها القانون المصري، ولا الكثير من التشريعات الحديثة[٢]، غير أنَّه تضمن بعض التشريعات ـ كالتقنين الفرنسي ـ

---

(١) د. السنهوري: الوسيط (١/ ١٨٦ ـ ٢٠٨)، ود. محمود جمال الدِّين زكي: المصدر السابق (ص٤٥ ـ ٦٣)، ود. عبد الحي حجازي: المصدر السابق (١/ ١٤٠ ـ ١٧٣)، والدكتور مالك دوهان الحسن: مصادر الالتزام (١/ ٨٠ ـ ٩٩)، ود. غنى حسون طه: الوجيز (١/ ٥٧)، ود. عبد المجيد الحكيم: المصدر السابق (١/ ٣٨).

(٢) مثل التقنين الألماني، والتقنين السويسري، وغيرهما.

انظر: P. Engel: Traite des Obligations en Droit Suisse 1973. p. 123 القانون السويسري.

تقسيمات للعقود[١].

والذي يتعلّق ببحثنا هو التقسيم الأوّل، وهو تقسيم العقد إلى: عقد رضائي، وعقد شكلي، وعقد عيني.

ولذلك نذكر هذه الأقسام الثلاثة بشيء من الإيجاز؛ لأنّها كثيراً ما يتردد ذكرها في هذه الرسالة.

١ ـ العقد الرضائي:

وهو ما يكفي في انعقاده رضاء الطرفين، دون الحاجة في انعقاده إلى إفراغه في شكل معين، أو إلى قبض وتسليم[٢].

ومن هنا لا يقدح في العقد الرضائي كونه يحتاج في إثباته إلى شكل مخصوص، كالعقد الذي تزيد قيمته على عشرين جنيهاً أو على خمسين فرنكاً (المادة ١٣٤١ م ف[٣]، والمادة ٦٠ من قانون الإثبات المصري)، وكعقد الكفالة (المادة ٧٧٣ م.م)، والصلح (المادة ٥٥٢ م.م)، ومع ذلك يظل عقداً رضائيًّا؛ لأنَّ الكتابة شرط للإثبات، وليس شرطاً للانعقاد، وكذلك الشهر في بيع العقار؛ لأنَّه إجراء لاحق على انعقاد التصرف يقصد به إطْلاع الغير.

---

(١) راجع في تفصيل ذلك: Léen jullietd L. Morandiere Dalloz, 1966 L. Josserand, Paris, 1933. p187-188. Course de Droit Civil Positif Francais Recueil. sirey. p11. وبلانيول، المطول العملي للقانون المدني الفرنسي (ج ٦).

(٢) د. السنهوري: الوسيط (١/ ١٨٨)، ود. محمود جمال الدِّين: السابق (ص٤٧)، ود. عبد الحيّ حجازي: السابق (١/ ١٣٠، ١٤١)، وحشمت أبو ستيت: المرجع السابق، فقرة (٥٠).
وراجع في تفصيل ذلك في (د. فتحي عبد الرحيم: رسالته/ شكلية العقود باللغة الفرنسية (ص٢٨) وما بعدها، و (Morandiere) المرجع السابق (ص١٨١ ـ ١٨٤).

(٣) د. السنهوري: الوسيط (١/ ١٩٠)، ود. غني حسون: الوجيز (١/ ٧٢، ٧٣)، ود. فتحي عبد الرحيم: رسالته السابقة (ص٢٨).

ومبنى هذه الأمور: على أنَّه إذا كانت الكتابة أو الشهر ركناً في العقد بحيث لا ينعقد بدونه لا يعتبر العقد رضائيًّا، وأما إذا لم تكن ركناً بل كان شرطاً للإثبات أو لحماية حقوق الغير، فيعتبر العقد رضائيًّا.

وتظهر ثمرة هذا التكييف في أنَّه إذا كانت الكتابة ـ مثلاً ـ ركناً في الإثبات فقط، فإنَّ العقد غير المكتوب ينعقد وقد يبت بالإقرار، أو اليمين، أما إذا كانت ركناً في الانعقاد فإنَّ العقد لا يعتبر موجوداً بدون تحققها[1].

٢ ـ العقد الشكلي:

هو ما لا ينعقد بمجرد التراضي، بل لا بدَّ أن يتخذ التراضي فيه شكلاً معيناً يحدده القانون[2]، وبعبارة أخرى: ما كان الشكل الذي يحدده القانون ركناً فيه.

والشكل في القوانين الحديثة يتخذ في الغالب صورة ورقة رسمية يُدون فيها العقد أمام موظف عمومي أعد لذلك يسمى الموثِّق، فيسمى عقداً رسميًّا، كعقد الرهن الرسمي (المادة ١٠٣١م.م)، وكهبة العقار (المادة ٤٨٨م.م).

وقد يقتصر الشكل على ورقة مكتوبة ولو عرفية، كعقد الشركة[3] (المادة ٥٠٧م.م)، وكإنشاء الجمعية (المادة ٥٥م.م).

وهذا التعريف الذي أوردناه هو في الواقع للشكل في التشريعات الحديثة، حيث يشير إلى أنَّ الشكل هو أحد الأركان الرئيسية للعقد بجانب التراضي، فهو إذا كان لازماً فليس كافياً بوحده.

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) د. محمود جمال الدين: المصدر السابق (ص٤٨)، والمصادر السابقة.

(٣) د. السنهوري: الوسيط (١/ ١٨٨)، ود. مالك دوهان: المرجع السابق (١/ ٨١)، والمصادر السابقة.

وأمَّا الشكل في القانون الروماني القديم فكان كل أركان العقد، حيث إنَّ العبرة فيه بالشكل وحده دون الإرادة، فإذا تمَّ الشكل قام العقد ولو لم تكن الإرادة صحيحة، ولذلك لا يجوز الطعن فيه بعيب من عيوب الرضا أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية، بخلاف الشكلية في التشريعات الحديثة[١].

ثمَّ إنَّ القاعدة العامَّة والأصل في التشريعات الحديثة في العقود هي الرضائية، وأمَّا الشكل فهو ـ بالإضافة إلى أنه يختلف عمَّا كان عليه في القانون الروماني ـ : استثناء، وعلى مستوى ضيِّق، يراد من خلال تقريره تنبيه المتعاقدين بخطر ما يقدمان عليه، كما في الهبة والرهن[٢].

ثمَّ إذا كان العقد شكليًّا يكون التوكيل بإبرامه شكليًّا (المادة ٧٠٠م.م)، وكذلك الوعد به (المادة ١٠١/ ٢م.م)، وإجازته وتعديله[٣].

ثمَّ إنَّ العقد الشكلي لا يستطيع أن ينال منه سلطان الإرادة بأن يجعله رضائيًّا، فيبقى شكليًّا مهما حاول المتعاقدان تخطي ذلك.

وهذا بخلاف العقد الرضائي الذي يستطيعان أن يتفقا على جعله شكليًّا، وذلك باشتراط الكتابة مثلاً في انعقاده، فيصبح العقد حينئذٍ شكليًّا لكن لا بنص القانون، بل بإرادة ـ المتعاقدين ـ ، ويكون الشكل ركناً لا يتم العقد إلَّا به، هذا إذا ما نصَّ المتعاقدان على ذلك.

أمَّا إذا لم ينصَّا على ركنية الكتابة ـ مثلاً ـ بل ذكراها كشرط دون التطرق إلى كونه شرطاً للانعقاد، أو للإثبات، وقام شك في تفسير قصدهما؟

---

(١) انظر في ذلك: د. السنهوري: الوسيط (١/ ١٨٨)، والمصادر السابقة.

(٢) د. السنهوري: الوسيط (١/ ١٨٩)، ثمَّ ذكر عدَّة أحكام للقضاء المصري والفرنسي منها: نقض مدني مصري في ٢٩ مارس/ آذار ١٩٥١م في مجموعة أحكام النقض (٢) رقم (٨٨) (ص٤٩١)، وراجع: (Morandiere): المرجع السابق (ص١٨١ ـ ١٨٤).

(٣) راجع المصادر السابقة.

فإن القضاء غالباً ـ في مصر وفرنسا ـ يلتمس من ظروف الواقع وحيثيات التعاقد قرينة على ترجيح أحد الفرضين على الآخر، أمَّا إذا لم يهتد إلى قرينة فيرجح كونها للإثبات على كونها للانعقاد إعمالاً للقاعدة العامة في العقود، وهي **«أنَّ الأصل فيها الرضائية»**[1].

وتذهب بعض التشريعات والاتجاهات الفقهية والقضائية إلى ترجيح كونها شرطاً للانعقاد[2].

غير أنَّ الراجح ـ كما يقول الأستاذ السنهوري ـ هو أنَّه «لما كان الأصل في العقد أن يكون رضائيًّا، فالأولى عند الشك أن تكون الكتابة للإثبات لا للانعقاد، والراجح في القضاء المصري والفرنسي يؤيِّد هذا الرأي»[3].

❑❑❑

(١) د. السنهوري: الوسيط (١/ ١٨٨)، ود. مالك دوهان: المصدر السابق (١/ ٨٠).
(٢) انظر في ذلك: د. السنهوري: الوسيط (١/ ١٨٨).
(٣) د. السنهوري: الوسيط (١/ ١٨٩). وعليه أحكام قضائية كثيرة منها: نقض مدني مصري في ٢٩/ ٣/ ١٩٥١م مذكور في مجموعة أحكام النقض، رقم (٨٨) (ص٤٩١). وراجع: موراندیه: المرجع السابق (ص١٨١ ـ ١٨٤).

أركان العقد وشروطه

الركن لغة: أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء ويقوم بها[1].

وفي الاصطلاح: هو الذي يعتبر جزءاً من ماهية الشيء، وحقيقته، بحيث يترتب على وجوده وجود الشيء، وعلى عدمه عدم الشيء، مثل أركان الصلاة إذا فقدت انعدمت الصلاة؛ أي: لم يسقط القضاء على فاعلها، وإذا وجدت مع توافر الشروط وجدت الصلاة؛ أي: سقط القضاء عليه.

وهكذا الأمر بالنسبة للعقود، فإذا وجدت أركانها مع شروطها وجد العقد؛ أي: ترتبت عليه آثاره الشرعية من الالتزامات والحقوق والواجبات، وإذا لم توجد هذه الأركان ـ أو فقد واحد منها ـ، لم يصح العقد وأصبح باطلاً؛ أي: لا يترتب عليه الأثر الشرعي[2].

وأركان العقد بمعناه الخاص، هي:

الركن الأوَّل

العاقدان وشروط الأهلية

والعاقدان هما: البائع والمشتري في عقد البيع، والمؤجر والمستأجر في عقد الإجارة، ورب المال والعامل في المضاربة والمساقاة، والمزارعة،

---

(١) لسان العرب، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط، مادة «ركن».

(٢) يراجع لمزيد من البحث والتفصيل: التلويح على التوضيح (٢/ ٢٦٢ ـ ٢٩٢)، وحاشية عبد العزيز البخاري على التحقيق: مخطوطة في مكتبتنا الخاصة ورقة (١٠٠).

والراهن والمرتهن في عقد الرهن، والمقرض والمقترض في القرض، وهكذا...

ويشترط في العاقدين:

١ ـ التمييز في جميع العقود، أي: أهلية الأداء الناقصة.

إذ بدون التمييز لا يصح أي عقد، فلا تصح عقود المجنون والصبي غير المميز بالإجماع.

٢ ـ ثم إنَّ بعض العقود، مثل: الرهن بالنسبة للراهن، وعقد الكفالة بالنسبة للكفيل، وعقد القرض بالنسبة للمقرض، وعقود التبرعات، يشترط فيها كلها **أهلية الأداء الكاملة.**

ولا بدَّ لنا من أن نستعرض الأهلية في العاقدين بصورة موجزة:

تعريف الأهليّة:

الأهلية لغة: نسبة إلى الأهل، فيقال: فلان أهل لكذا؛ أي: مستحقّ له وخليق به، أو صالح للقيام به أو للطلب منه[١]. وفي القرآن الكريم: ﴿وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَىٰ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا﴾[٢]، و ﴿هُوَ أَهْلُ التَّقْوَىٰ وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ﴾[٣].

والأهلية في الاصطلاح الشرعي: هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه[٤]، أو كما يقول نظام الدين الأنصاري: كون

---

(١) انظر: لسان العرب (ص١٦٤)، والقاموس المحيط (٣/ ٣٤٢)، والمصباح المنير (١/ ٣٣)، والمفردات للأصبهاني (ص٢٨).

(٢) سورة الفتح: الآية ٢٦. وراجع: تفسير القرطبي (١٦/ ٢٨٨).

(٣) سورة المدثر: الآية ٥٦.

(٤) راجع في تفصيل هذه المسألة: كشف الأسرار (٤/ ١٣٥٨)، والتلويح للتفتازاني على التوضيح لصدر الشريعة (٢/ ٣٢١)، وتيسير التحرير (٢/ ٢٤٥)، وفتح الغفار =

الإنسان بحيث يصح أن يتعلق به الحكم[1].

أنواع ومراحل الأهلية

والأهلية تبدأ مع كون الإنسان جنيناً في بطن أمه، ثمَّ تنمو معه فتنضج وتتكامل بالبلوغ والعقل وتستمر معه إلى أن يموت، غير أنَّها تختلف من مرحلة إلى أخرى، لذلك ذكر الأصوليون والفقهاء مرحلتين (نوعين)[2] للأهلية، وهما **أهلية الوجوب**، **وأهلية الأداء**، وكل منهما إما أن تكون كاملة أو ناقصة:

= بشرح المنار (٣/ ٣، ٨٠)، وتشنيف المسامع للزركشي مع البدر الساطع (١/ ٢٦٦)، والأم للإمام الشافعي (٦/ ٤)، وبدائع الصنائع (٧/ ٦٤)، وشرح الكوكب المنير (١/ ٤٩٩)، والمستصفى (١/ ٨٣، ٨٤)، والإحكام للآمدي (١/ ١٥٢)، وفواتح الرحموت (١/ ١٥٦)، وروضة الناظر (ص٢٦)، ومختصر الطوفي (ص١٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٣٠٦)، وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب (٢/ ١٥)، وأصول الرضي (٢/ ٣٣٢).

وانظر: الشيخ محمد المحلاوي: تسهيل الوصول إلى علم الأصول (ص٢٠٦)، والشيخ أحمد إبراهيم: الالتزامات في الشرع الإسلامي (ص١٠٩)، والشيخ محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد (ص٣٠٢)، والشيخ علي الخفيف: مختصر أحكام المعاملات (ص١٠١)، ود. محمد شوكت العدوي: نظرية العقد (ص٤٦)، ود. عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه (ص٨٥)، ود. حسين توفيق رضا: أهلية العقوبة (ص٧)، والأستاذ محمد سلام مدكور: المدخل للفقه الإسلامي (ص٤٣٩)، ود. محمد مصطفى شحاتة: أحكام العقود (ص٢٦).

(١) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت (١/ ١٥٦).

(٢) استعملت مصطلح «مرحلتي الأهلية» خلافاً لكثير ممن سبقني من المحدثين الأستاذ أحمد إبراهيم: الالتزامات (ص١٠٩)، ود. عبد الكريم زيدان: الوجيز (ص٨٥)، وغيرهما، الذين قسموها إلى القسمين، وإطلاق القسم عليهما غير دقيق أو فيه نوع من التسامح؛ لأنَّ القسم لا بدَّ وأن يكون قسيماً ومتبايناً للقسم الآخر، في حين أنَّ العلاقة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء عموم وخصوص مطلق يجتمعان في العاقل، وتفترق الثانية عن الأولى في المجنون والجنين ونحوهما. =

١ ـ أهلية الوجوب:

وهي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له أو عليه[١]، وبعبارة أخرى: صلاحيته لأن يطالب، ويُطلب منه، سواء كان بنفسه أو بواسطة من له الولاية عليه.

ومناط هذه الأهلية الحياة، حيث تثبت لكل إنسان جنيناً كان أو صغيراً أو كبيراً، مجنوناً كان أو عاقلاً، حرًّا كان أو عبداً.

قال الغزالي: «وأمَّا أهلية ثبوت الأحكام في الذمة فمستفاد من الإنسانية التي بها يستعد لقبول قوَّة العقل الذي به فهم التكليف في ثاني الحال، وشرط الإنسانية الحياة، والنطفة في الرحم قد يثبت لها الملك بالإرث والوصية، والحياة غير موجودة فيها بالفعل، ولكنها بالقوة[٢].

وقد أثبت جمهور الفقهاء مبنى الأهلية وسموه بالذمة، وهي العهد لغة[٣]، وهم عرَّفوها بأنَّها: **وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له ولما عليه**، وهي خاصة بالإنسان[٤] لقوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِيٓ ءَادَمَ مِن ظُهُورِهِمْ

= فأهلية الأداء مرحلة متطورة تأتي بعد أهلية الوجوب، فتتآلف معها دون أن تنالها بسوء، أو تزحزحها عن مكانها.

(١) شرح المنار ـ مع حاشية الرهاوي ـ (ص٩٣٦)، والمصادر السابقة.

(٢) المستصفى (١/ ٨٤).

(٣) الذمة لغة: العهد، قال السيد الشريف في التعريفات (ص٥٧): «الذمة لغة العهد؛ لأن نقضه يوجب الذم، ومنهم من جعلها وصفاً فعرَّفها بأنها وصف يسير به الشخص أهلاً للإيجاب له أو عليه، ومنهم من جعلها ذاتاً فعرَّفها بأنَّها نفس لها عهد». ويسمى المُعاهد ذميًّا لأنَّه أعطى له ذمة المسلمين. وراجع لمعناها اللغوي: القاموس المحيط (٤/ ١١٦)، والمصباح المنير (١/ ٢٢٥).

(٤) التوضيح (٢/ ٣٢٣، ٣٢٤)، والمستصفى (١/ ٨٤)، وفتح الغفّار بشرح المنار (٣/ ٨٠)، قال ابن نجيم فيه: «وفسرها فخر الإسلام بالنفس والرقبة التي لها عهد، والمراد أنها العهد، فقولهم: في ذمته أي: في نفسه باعتبار عهدها من إطلاق =

ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْۖ قَالُوا۟ بَلَىٰ . . .﴾[1]، قالوا: فهذه الآية إخبار عن عهد جرى بين الله وبين بني آدم، والإشهاد عليهم دليل على أنَّهم يؤاخذون بموجب إقرارهم من أداء حقوق الله تعالى عليهم، فلا بد إذن من وصف يكونون به أهلاً للوجوب وهو الذمة بالمعنى اللغوي والشرعي، وهو وصف خاص لهم دون غيرهم.

وقوله تعالى: ﴿وَكُلَّ إِنسَٰنٍ أَلْزَمْنَٰهُ طَٰٓئِرَهُۥ فِى عُنُقِهِۦۖ﴾[2]؛ أي: ألزمناه عمله لزوم القلادة أو الغل في العنق؛ أي: لا ينفك عنه أبداً، فدلَّت الآية على لزوم العمل للإنسان.

وقوله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُۖ﴾[3]، فهذه الآية دليل ظاهر على خصوصية الإنسان بحمل أعباء التكليف؛ أي: وجوبها عليها[4].

قال صدر الشريعة[5]: «فيثبت بهذه الآيات الثلاث أنَّ للإنسان وصفاً هو به يصير أهلاً لما عليه، ولا دليل في هذه الآيات على وصف يصير به الإنسان لما له. . .

= الحال وإرادة المحل».

وراجع: كشف الأسرار (٤/ ٢٣٨)، وأصول الرضي، تحقيق أبي الوفا الأفغاني، ط. دار المعرفة بيروت (٢/ ٣٣٣)، ومرآة الأصول لمنلا خسرو، ط. دار الطباعة العامرة ١٣٥٧هـ (٢/ ٤٣٤)، والمغني في أصول الفقه للخبازي، تحقيق د. محمد مظهر سقا، ط. جامعة أم القرى (ص٣٦٢). والواقع أنَّ بعضهم عرَّفوا الذمة بأنَّها وصف، وقسم عرَّفوها بأنَّها نفس لها عهد، والمؤدى واحد.

(١) سورة الأعراف: الآية ١٧٢.

(٢) سورة الإسراء: الآية ١٣.

(٣) سورة الأحزاب: الآية ٧٢.

(٤) انظر: التلويح على التوضيح (٢/ ٣٢١ ـ ٣٢٦).

(٥) التوضيح (٢/ ٣٢٧).

وأما الدلائل الدالة على الوصف الذي يصير به أهلاً لِما له فكثيرة، منها قوله تعالى: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿...خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾[2].

وقد أنكر بعض الأصوليين[3] إثبات الذمة قائلين بأنَّها «أمر لا معنى له ولا حاجة إليه في الشرع، وأنَّه من مخترعات الفقهاء، وأنَّ الإنسان تلزمه الأحكام، وتجب عليه أو له بوصفه إنساناً دون حاجة إلى تقدير وصف يصير به أهلاً لذلك، فالإنسان أهل للإلزام والالتزام دون حاجة إلى هذا التقدير، فعلى هذا تتوجه الخطابات التكليفية باعتبار ذاته دون الحاجة إلى تقدير وصف.

فالشارع قد أمر بتمكين الدائن من الاستيفاء من المدين، فأمر الشارع وتمكينه هما مناط الإلزام والالتزام. وأيًّا ما كان فالخلاف لفظي ونظري، ولا بأس من اعتبار وصف الذمة كتكييف فقهي دقيق، وهو ليس غريباً على الصياغة الفنية الفقهية التي توصل إليها الفقهاء المسلمون، بل إنَّ كثيراً من الأمور الفقهية يفرض وجودها ويقدر، ليسهل من خلالها ترتيب الآثار عليها، فالملك في الأشياء المملوكة ليس شيئاً محسوساً، ومع ذلك فهو أمر مقدر يتنقل ويتحول، ويزول، وينتهي، وكذلك الرق والحرية فهما ليسا من الأمور المحسوسة ومع ذلك فقد اعتبرهما الشارع وتتعلق بهم أحكام مخصوصة، وأمثال ذلك في الفقه أكثر من أن تعد[4].

---

(١) سورة هود: الآية ٦.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٩.

(٣) انظر: التلويح على التوضيح (٢/ ٣٢٣، ٣٢٤)، وفتح الغفار بشرح المنار (٣/ ٨٠)، والمصادر السابقة.

(٤) ينظر: كشف الأسرار (٤/ ١٣٥٨)، والشيخ أبو زهرة: المصدر السابق (ص٣٠٤)، والشيخ علي الخفيف: المصدر السابق (ص١٠٢).

وهكذا الأمر في «الذمة» حيث قدرها الفقهاء لتكون محلًّا للحقوق التي تثبت للإنسان أو عليه، ولذلك رد عبد العزيز البخاري على من نفاها رداً عنيفاً ووصفهم: «بأنَّهم لم يشموا رائحة الفقه»[1].

ثمَّ إنَّ الفقهاء لم يجعلوا بدل «الذمة»: «العقل» محلًّا تناط به الحقوق؛ لأن أهلية الوجوب تثبت للمجنون والصبي، بل للجنين في بطن أمه، مع أنَّ كل واحد من هؤلاء ليس له عقل فثبت أنَّ مناط الأهلية غير العقل[2]، وأنَّها مع مناطها وهي الذمة من خطاب الوضع.

قال القرافي: «الذي يظهر لي وأجزم به أنَّ الذمة، وأهلية التصرف من باب خطاب الوضع دون خطاب التكليف، وأنَّهما يرجعان إلى التقادير الشرعية وهي إعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود، والذمّة وأهلية التصرف من القسم الثاني وهو إعطاء المعدوم حكم الموجود، فإنَّه لا شيء في المحل من الصفات الموجودة. . . وإنما هو نسبة خاصة يقدرها الشرع عند سببها موجودة، وهي لا وجود لها بل هذا المعنى من التقدير فقط، كما يقدر الملك في العتق وهو معدوم»[3].

هذا هو المشهور بين جمهور الفقهاء والأصوليين في تعريف الذمة، وبيان العلاقة بينها وبين الأهلية، واعتبارها مناطاً ومبنى لأهلية الوجوب[4].

---

(١) كشف الأسرار (٤/١٣٥٨)، بل ادَّعى الإجماع في الصدر الأول على إثبات الذمة. انظر: حاشية على التحقيق الورقة (١٩٥).

(٢) المصادر السابقة. قال ابن نجيم في التفرقة بين الذمة والعقل: «. . . بل العقل إنَّما هو لمجرد فهم الخطاب، والوجوب مبني على الوصف المسمى بالذمة. . . والآدمي يولد وله ذمة مطلقة صالحة للوجوب. . .»، ولكنه ليس له عقل إلَّا بعد التمييز. انظر: فتح الغفار بشرح المنار (٣/ ٨٠، ٨١)، وتيسير التحرير (٢/ ٢٤٩).

(٣) الفروق (٣/ ٢٣٥، ٢٣٦).

(٤) المصادر السابقة جميعها. وراجع على سبيل المثال: التلويح على التوضيح (٢/٣٢٣)، وفتح الغفّار (٣/ ٨٠، ٨١)، والمراجع الحديثة السابقة.

مرحلتا أهليّة الوجوب:

لقد ذكر الأصوليون أنَّ للأهلية مرحلتين:

(أ) **مرحلة أهلية الوجوب الناقصة**، وهي ثبوت بعض الحقوق دون بعض.

وهذه المرحلة تبدأ مع تكون الإنسان وهو في بطن أمه، فتثبت له قبل الولادة لكن بشرط أن يولد حيًّا، حتى لو مات بعد ولادته مباشرة، أو بعد ظهور أكثره حيًّا تثبت له الأهلية؛ لأنَّه إذا لم يولد حيًّا أو أكثره تبين أنَّه لم تدب فيه الحياة، وبالتالي لم تثبت له ذمة لأنَّ مناط أهليته حياته التي تظهر وتتحقق عند الولادة.

فالجنين قبل الانفصال عن الأم هو جزء منها من جهة أنَّه ينتقل بانتقالها ويقرّ بقرارها، ومستقل من جهة أنَّ له حياة مستقلة، وقابلية للانفصال عنها، فتكون له ذمة بهذا الاعتبار، فتثبت له بعض الحقوق كالإرث والوصية والنسب، ولا تثبت عليه الحقوق. أما بعد الانفصال فتصير ذمته مطلقة وكاملة، فتثبت له أهلية الوجوب كاملة(١).

فعلى ضوء هذا يعود السبب في نقص أهلية الجنين إلى أمرين:

أحدهما: احتمال الحياة والموت، حيث إنَّه من الممكن أن يولد ميتاً فلا يكون لوجوده السابق أيُّ اعتبار ولا يعترف له بأي حق من الحقوق، وأما إذا ما ولد حيًّا فتكتمل بذلك أهلية الوجوب.

لكن لما كان الجنين دائراً بين كونه حيًّا، وكونه ميتاً، لاحظ الفقه في إثبات الحقوق له أو عليه هذين الطرفين.

قال ابن رجب: «إنَّ الأحكام الشرعية تتعلَّق بالأسباب الظاهرة، فإذا

---

(١) انظر: التلويح على التوضيح (٢/ ٣٢٤، ٣٢٥)، وكشف الأسرار (٤/ ١٣٥٩)، وتيسير التحرير (٢/ ٢٤٩)، والمصادر السابقة.

ظهرت أمارة الحمل كان وجوده هو الظاهر فترتب عليه أحكامه في الظاهر، فإن خرج حيًّا تبين ثبوت تلك الأحكام في الباطن، وإن بان أنَّه لم يكن حملاً أو خرج ميتاً تبين فساد ما تعلق به من الأحكام وبه وبحياته كإرثه ووصيته»[1].

الأمر الثاني: أنَّ الجنين يعتبر جزءاً من أمّه من حيث الظاهر، إذ يتحرك بحركتها ويستقر بقرارها، فلم يغفل الشارع عن هذه الجهة؛ فأعطاه بعض ما يلحق أمه من أحكام، حيث يعتق بعتقها إن كانت أَمَةً، غير أنَّه ليس جزءاً على الدوام بل هو جزء مستقل بالروح والحياة، ومستعد للانفصال، ولذلك تجب بإجهاضه دية مستقلة (الغرة خمس إبل)، بل يؤثر في أمه في بعض أحكام[2].

ولذلك أعطاه الشارع بعض حقوق الإنسان الحي دون بعض، فأثبت له الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول كالميراث والعتق والوصية وغلات الوقف والنسب، كما أجاز استثناءه من أمه في الوصية[3].

ولم يُثبِت له الحقوق التي تحتاج إلى قبول وإن كانت نفعاً محضاً كالهبة له؛ لأنَّ الجنين نفسه لا يستطيع أن يقبلها، ولم يجعل له الشرع وليًّا أو وصيًّا فلا ولاية لأحد عليه أن يملكه، وكذلك لا تجب عليه حقوق لغيره كالنفقة ونحوها؛ لأنَّ ثبوتها على الغير إنما يكون بفعل منه أو التزام يلتزمه بعبارته، أو بعبارة وليه، ولا شيء من ذلك يتصور بالنسبة للجنين[4].

---

(١) القواعد لابن رجب (ص١٨٩).

(٢) مثل تأخير إقامة الحدود على أمه، واستيفاء القصاص عنها لغاية أن يلد، بل يفطم، ومثل إباحة الفطر خشية عليه، ووجوب النفقة لها إذا كانت بائناً وغير ذلك.
انظر: القواعد لابن رجب (ص١٨٩ ـ ٢٠٠).

(٣) التلويح (٢/ ٣٢٤، ٣٢٥)، وفتح القدير (٨/ ٤٣٤، ٤٣٧)، والقواعد لابن رجب (ص٨٩)، وتيسير التحرير (٢/ ٢٤٩) وما بعدها.

(٤) فتح القدير (٨/ ٤٣٤، ٤٣٧)، والبحر الرائق (٦/ ١٦٨)، والمستصفى (١/ ٨٤)، والمصادر السابقة.

(ب) مرحلة أهلية الوجوب الكاملة:

وتبدأ هذه المرحلة بمجرد ولادة الجنين حيًّا فيكون أهلاً لأن تثبت له أو عليه الحقوق والواجبات، وينوب عنه في ذلك الولي أو الوصي، فتكون أهليته كاملة في الأموال، غير أنَّ أهليته للعبادات تتأخَّر إلى البلوغ والعقل[1].

يقول صدر الشريعة: «فقبل الولادة له ذمة من وجه يصلح ليجب له الحق، لا ليجب عليه، فإذا ولد تصير ذمته مطلقة ـ أي: صالحة لوجوبه له وعليه ـ لكنَّ الوجوب غير مقصود بنفسه بل المقصود حكمه وهو الأداء، فكل ما يمكن أداؤه يجب، وما لا يمكن فلا، فحقوق العباد ما كان منها غرماً وعوضاً يجب على الصبي؛ لأنَّ المقصود هو المال، فأداؤه يحتمل النيابة وكذا ما كان صلة تشبه المؤن، أو الأعواض كنفقة القريب، والزوجة، لا صلة تشبه الأجزية كالدية حيث لا يتحملها الصبي»[2].

وكذلك الأمر بالنسبة للمجنون والمعتوه غير المميز، فلهم أهلية الوجوب الكاملة، فتجب لهم حقوقهم لكن يقبلها عنهم أولياؤهم، وتجب عليهم الحقوق التي يستطيع وليهم أن يقوم بها عنهم، أما هم بأنفسهم فلا يستطيعون إنشاء شيء من التصرفات القولية المعتبرة، لكن ذمتهم تصلح لقبول الالتزامات التي يقوم بها أولياؤهم في حدود ما رسمه لهم الشارع الحكيم، فهم مقيدون بما يعقده لهم أولياؤهم أو أوصياؤهم فلا يستطيعون التخلي عنها إذا رشدوا، فأثمان الأعواض، ومهور نسائهم تلزمهم وتجب في أموالهم.

وفي الجملة كل الالتزامات المالية التي تنشأ بأسباب يتولاها باسمهم أولياؤهم تكون لازمة وتحل في ذمتهم.

---

(١) التلويح على التوضيح (٢/ ٣٢٣)، والمستصفى (١/ ٨٤)، والمصادر السابقة.
(٢) التوضيح (٢/ ٣٢٥).

وفي هذا الموضوع تفصيل وخلاف ليس هذا محله[1].

٢ ـ أهلية الأداء:

وهي صلاحية الشخص لصدور الفعل، أو القول عنه على وجه يعتد به شرعاً.

أي يكون صالحاً لاكتساب الحقوق والواجبات ومؤاخذاً بأقواله وأفعاله، ومطالباً بتنفيذ التزاماته، فتترتب على ذلك صحة تصرُّفاته القولية؛ فتكون أقواله أسباباً منشئة للحقوق له أو عليه.

ومعيار ذلك التمييز؛ لأنَّه الذي يجعله فاهماً لما ترمي إليه أقواله وأفعاله، ومدركاً لما يترتب عليهما من حقوق أو واجبات.

فالتمييز هو كون الشخص عارفاً بمعاني الألفاظ الدالة على العقود بحيث يفهم معنى البيع بأنَّه ينقل الملكية منه إلى غيره، والشراء يثبت له الملكية في مال غيره مقابل ما يدفعه هو[2].

هذا ولم يحدد الفقهاء الأقدمون سناً معينة للتمييز اعتماداً على العرف والمشاهدة، ونظراً إلى أنَّ التمييز أمر نسبي يختلف باختلاف الأشخاص والبيئة، والظروف الاجتماعية، والحضارية.

---

(١) انظر في تفصيل ذلك: التلويح على التوضيح (٢/ ٣٢٣ ـ ٣٢٨)، وفتح الغفار بشرح المنار (٣/ ٨٠ ـ ٨٤)، والمستصفى (٦/ ٨٤). والشيخ أبا زهرة: الملكية ونظرية العقد (ص٣٠٩ ـ ٣١١)، والشيخ علي الخفيف: المرجع السابق (ص١٠٢)، والمصادر والمراجع السابقة.

(٢) التلويح (٢/ ٣٢٣) وما بعدها، وفتح الغفار (٣/ ٨٠)، والشيخ أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد (ص٣٠٩ ـ ٣١١)، والشيخ علي الخفيف: المرجع السابق (ص١٠٢)، ود. عبد الكريم زيدان: الوجيز (ص٨٨)، والمصادر والمراجع السابقة.

غير أنَّ الفقهاء المتأخرين قد قدَّروا سنّ السابعة كحد أدنى للتمييز؛ رغبة منهم في ضبط الأحكام واستقرارها بقدر الإمكان[1]، واستنباطاً من قوله ﷺ: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين...»[2]، واستئناساً بأنَّ هذه السن هي نهاية مدة حضانة الأم للغلام، حيث يستغني عن خدمة أمه، ويستطيع أن يقوم بشؤونه بنفسه[3].

ومع ذلك فليس هذا أمراً تحديديًّا لا يجوز تجاوزه، بل هو أمر تقريبي، لذلك فالأصل هو أن مناط أهلية الأداء التمييز، سواء تحقق قبل السابعة أو بعدها إلى البلوغ[4].

مرحلتا أهلية الأداء:

وهما أهلية الأداء الناقصة، وأهلية الأداء الكاملة، حيث تبدأ ناقصة مع الصبي المميز، ثمَّ تتكامل مع كمال التمييز، فهي تابعة للتمييز[5].

وكمال التمييز بكمال العقل[6] والرشد مع عدم الحجر عليه.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٣/ ٤٨)، والمصادر والمراجع السابقة.

(٢) الحديث بهذا اللفظ رواه أبو داود. ورواه الترمذي بلفظ: «علموا» بدل «مروا». انظر: سنن أبي داود مع العون، كتاب الصلاة (٢/ ١٦١)، وسنن الترمذي مع التحفة، كتاب المواقيت (٢/ ٤٤٥).

(٣) البحر الرائق (٣/ ٤٨)، والشيخ أبو زهرة: المرجع السابق (ص٣١٣)، والشيخ علي الخفيف: المرجع السابق (ص١٠٤)، والشيخ شوكت العدوي: المرجع السابق (ص٥١)، والمصادر والمراجع السابقة.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) التلويح على التوضيح (٢/ ٣٢٤)، وفتح الغفار بشرح المنار (٣/ ٨١ ـ ٨٤)، والمستصفى (١/ ٨٤)، والمصادر والمراجع السابقة.

(٦) قال الكاساني في بدائع الصنائع (٦/ ٩٨٧): «إنَّ أهلية الأداء لا تثبت بدون العقل، والعقل هو القوة التي يدرك بها حقائق الأشياء وتمييز الضار من النافع، والخير من الشر في الجملة». انظر: التعريفات للسيد (ص٨١).

فمن اتَّصف بهذه الصفات تحققت له أهلية الأداء كاملة، ويكون حرًّا طليقاً في تصرفاته إلَّا بما قيده الشرع أو منعه، فيتمتع بحقوقه كاملة، ويستقل بتصرفاته، حيث إن عقله ورشده كافيان في تقييدها بالمصالح.

فمناط أهلية الأداء الكاملة هو العقل والرشد مع عدم الحجر عليه.

وأما إذا لم يتحقق فيه كمال العقل، والرشد، كالصبي المميز الذي لم يبلغ سن البلوغ، أو حجر عليه، فتثبت لهؤلاء أهلية الأداء الناقصة[١].

الجانب التطبيقي لعلاقة الأهلية بالعقد بحسب أطوار ومراحل الأهلية

لقد ظهرت من خلال العرض السابق أنَّ صاحب أهلية الوجوب بمرحلتيها لا يتمتع بالتمييز، فإذن ليس له الرضا إطلاقاً، فالرضا عنده معدوم بالقطع؛ لأنَّه هو القصد وهو لا يتحقق إلَّا عند التمييز، ولذلك لا يترتب على عقوده أي أثر من آثار العقد[٢].

---

(١) التلويح التوضيح (٢/ ٣٢٣)، وفتح الغفار (٣/ ٨٠)، وتيسير التحرير (٢/ ٢٥٣).

(٢) راجع في تفصيل ذلك: كشف الأسرار (٤/ ١٣٥٨)، والتلويح على التوضيح (٢/ ٣٢٤)، وشرح المنار (٣/ ٨)، وفتح القدير (٨/ ٤٣٤، ٤٣٧)، حيث صرح فيه ابن الهمام بأنَّ الجنين لا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئاً.

وراجع: البحر الرائق (٦/ ١٨٦)، والشيخ علي الخفيف: المصدر السابق (ص١٠٤)، ود عبد الكريم زيدان: الوجيز (ص٨٨).

وقال الشيخ أبو زهرة في الملكية ونظرية العقد (ص٣٠٨): «فالفقه الإسلامي كما ترى لا يجعل وليًّا أو وصيًّا للجنين، ولكن المادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية جعلت للجنين وصيًّا يقيمه المجلس الحسبي حتى لا تضيع الغلات، ولا تفسد الأملاك التي تثبت له، والشريعة تعتبر الأمين الذي يكون تحت يده مال الجنين قائماً مقام الوصي، فلا مانع من اعتبار الوصي الذي يعين بحكم تلك المادة هو الأمين الذي أوجبت الشريعة أن يكون تحت يده المال الموقوف للحمل بمقتضى أحكام الميراث، ولا تتغير الصفة بتغير المسمَّى. =

وأمَّا صاحب أهلية الأداء فيتحقق عنده الرضا لوجود التمييز، ثمَّ إذا كانت أهليته كاملة فرضاه تام وكامل، وإن كانت ناقصة فيكون رضاه ناقصاً.

أطوار الإنسان وما يترتَّب عليها تجاه الأهلية:

ولكي يتَّضح لنا نموّ الرضا وتكامله والمراحل التي يمر بها، لا بدَّ من استعراض الأطوار السُّننيَّة ـ الطبيعية ـ للإنسان من حياته إلى موته مع ما يتعلق بعقوده وتصرفاته في كل مرحلة والآثار التي تترتب عليها.

فإذا استعرضنا هذه الأطوار تتضح لنا مراحل الأهلية وبالتالي مراحل الرضا، وهي كالآتي:

المرحلة الأولى: طور كون الإنسان جنيناً:

حيث تثبت له أهلية الوجوب الناقصة، وتقدر له الذمة، لكنه لا يتصور منه القصد والرضا قطعاً[1].

المرحلة الثانية: طور الولادة إلى التمييز:

إذا انفصل الجنين حيًّا تثبت له أهلية الوجوب كاملة فتجب الحقوق له أو عليه، ولكن يقوم الولي أو الوصي مقامه فيما يحتاج إلى قبول.

وفي هذا الطور لم يتحقق له التمييز، وبالتالي لم يوجد له الرضا، ولا غيره من الكيفيات النفسانية التي تتم عن القصد والإرادة[2].

= وأيضاً تنص المادتان (٢٨، ٢٩) من قانون الولاية على المال المرقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢م على أنَّه يجوز للأب أن يقيم وصيًّا مختاراً لولده القاصر، أو للحمل المستكن، وأنَّه إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصيًّا».

(١) تيسير التحرير (٢/ ٢٥٣)، والمصادر السابقة.

(٢) تيسير التحرير (٢/ ٢٥٣)، والتلويح على التوضيح (٢/ ٣٢٣)، وفتح الغفار (٣/ ٨١)، والمصادر السابقة.

المرحلة الثالثة: طور التمييز إلى البلوغ:

وحينما يصل الطفل إلى طور التمييز تتحقق له مرحلة أخرى من مراحل الأهلية، وهي **أهلية الأداء الناقصة** بعد أن تثبت له أهلية الوجوب الكاملة(١)، وعندئذٍ يثبت للصبي نوع من الرضا لكنه ليس رضا كاملاً متنوراً، بل رضاً ينقصه النضج والخبرة، والتجربة، ومع ذلك تترتب عليه آثار.

غير أنَّه يوجد خلاف بين الفقهاء في قدرها ومداها: توسيعاً وتضييقاً وتوسطاً:

فذهب الشافعية والظاهرية وأبو ثور(٢) إلى عدم صحة تصرفات الصبي وإن كان مميزاً فقالوا: لا يصح بيعه ولا شراؤه ولا إجازته ولا سائر عقوده لا لنفسه ولا لغيره، سواء باع بغبن أو بغبطة، وسواء كان ذلك بإذن الولي، أو بغير إذنه، وسواء بيع الاختبار ـ أي: البيع الذي يمتحنه الولي ليستبين رشده(٣)ـ أو غيره، ولكن تتم عملية ابتلاء الولي واختباره له بأن يفوض إليه عند مناهزة الاحتلام الاستلام وتدبير العقد، حتى إذا ما انتهى الأمر إلى العقد قام به الولي على الأصح(٤).

وكذلك لا يصح سائر تصرفاته القولية، فلا يصح طلاقه ولا خلعه، ولا نكاحه بنفسه.

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) انظر: الأم للشافعي (٣/ ١٩١)، ومختصر البويطي: مخطوطة الدار (٢٠٨ فقه شافعي طلعت) (ص٢٤٦)، وفتح العزيز شرح الوجيز (٨/ ١٠٥ ـ ١٠٧)، والمجموع (٥/ ١٥٥ ـ ١٥٨)، والروضة (٤/ ١٨٤، ٥/ ٣٦٧)، والغاية القصوى (١/ ٥١٣، ٢/ ٦٩٧)، وشرح المحلي ـ مع حاشيتي القليوبي وعميرة ـ (٣/ ١١٢)، والمحلى لابن حزم الظاهري (٩/ ١٧٠).

(٣) هذا هو ما عليه المذهب الشافعي، لكن حكى إمام الحرمين وجهاً عن الخراسانيين من أصحابه أنه يصح بَيع الاختبار هذا. انظر: المجموع (٩/ ١٥٦).

(٤) وذهب وجه للشافعية إلى صحة بيع الاختبار منه. فتح العزيز (١٠/ ٢٨٤، ٢٨٥).

ولكن في تدبيره ووصيته خلاف بين أصحاب الشافعي، والأصح عندهم بطلانهما.

وبعبارة موجزة: إنَّ عبارة الصبي في التصرفات ملغاة على الإطلاق عندهم، سواء كان أذن له الولي أم لا، وسواء كان تصرُّفاً نافعاً نفعاً محضاً أم ضارًّا، لكن التصرف النافع له كالوقف عليه والهبة والصدقة والوصية: يجب على الوصي قبولها[1].

قال الرافعي والنووي: «قال أصحابنا: وكما لا يصح من الصبي تصرُّفاته القولية لا يصح قبضه في تلك التصرفات، فلو اتهب له الولي شيئاً وقبله، ثمَّ قبضه الصبي بإذن الواهب لم يصح قبضه ولا يحصل له الملك فيه بهذا القبض، ولو وهب لأجنبي وأذن الموهوب له للصبي أن يقبضه له وأذن له الواهب في القبض فقبضه لم يصح بلا خلاف ـ أي: داخل المذهب الشافعي ـ ، ولو قال مستحقّ الدَّين لمن هو عليه: «سلِّم حقي إلى هذا الصبي» فسلَّم حقه إلى الصبي، لم يبرأ من الدين بلا خلاف، بل يكون ما سلمه باقياً على ملكه حتى لو ضاع فعلى الدافع، ولا ضمان على الصبي؛ لأنَّ الدافع ضيَّعه بتسليمه، ويبقى الدَّين على حاله»[2].

وذهب جمهور الفقهاء[3]: إلى جواز تصرفات الصبي المميز وعقوده في الجملة، وإن اختلفوا في بعض التفصيلات نظراً لبعض اعتبارات تعود إلى

---

(١) المجموع (٩/ ١٥٥، ١٥٦)، وفتح العزيز شرح الوجيز (٨/ ١٠٥، ٨/ ١٠٧).

(٢) فتح العزيز (٨/ ١٠٧)، والمجموع (٩/ ١٥٧، ١٥٨)، والروضة (٤/ ١٨٤)، والغاية القصوى (١/ ٥١٣، ٢/ ٦٩٧)، والمنثور في القواعد (٢/ ٢٨).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٨٧، ٩/ ٤٤٦٧)، والأشباه لابن نجيم (ص٣٠٦)، وكشف الأسرار (٤/ ١٣٧٣)، وفتح القدير (٧/ ٣١٠)، والشرح الكبير ـ مع حاشية الدسوقي ـ (٣/ ٢٩٤)، والقوانين الفقهية (ص٢٧٤)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٨٢)، والروض المربع (٥/ ١٨١، ١٨٢)، وكشاف القناع (٢/ ٢٠٦)، وشرح الكوكب المنير (١/ ٤٩٩)، وروضة الناظر (ص٢٦)، ومختصر الطوخي (ص١٢).

حالة الصبي، ونوعية التصرُّف الذي يقوم به من كونه نافعاً، أو ضاراً أو نحو ذلك، ولذلك نورد رأي كل مذهب ثمَّ نذكر الأدلة مع المناقشة والترجيح.

فذهب **الحنفية** إلى تفصيل دقيق في تصرُّفات الصبي المميز القولية(١)، حيث قسموها إلى ثلاثة أقسام أجازوا تصرفه في بعضها ولم يجيزوه في بعضها الآخر، وذلك كالآتي:

(أ) تصرفات قولية نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة، والصدقة، والوصية، والانتفاع بالعارية، ونحو ذلك، فهذه التصرفات تصح من الصبي دون توقف على إجازة الولي، والوصي؛ لأنَّ الولاية والوصاية شرعتا في الإسلام لمصلحة الغير ومنفعته والنظر له، حتى لا يقع في الضرر نتيجة نقص فيه أو إضرار بمن له حق عليه، فإذا ثبتت المصلحة بما لا مجال للشك فيها فقد تحقق الهدف والحكمة، ثمَّ إنَّ هذه التصرفات لا مصلحة في إبطالها، لذلك تصح منه دون الرجوع إلى الولي(٢).

(ب) تصرفات ضارة ضرراً محضاً، مثل إنشاء الهبة والوقف وقبول الحوالة، والكفالة من غيره وكذا طلاقه، وإبراؤه، وإقراضه، وإعارته، ونحو ذلك مما يترتب عليه خروج شيء من ملك الصبي المميز دون مقابل أو الالتزام بما يؤدي إلى ذلك، فهذه التصرفات لا تصح منه مطلقاً، ولا تنعقد أصلاً، بل ولا يملك الولي أو الوصي تصحيحها أو إنشاءها عليه، قال

---

(١) أما تصرفاته الفعلية فلا حجر عليها حيث يكون ضامناً على ما يترتب عليها. قال داماد أفندي في تعليل ذلك: «لأنَّ الحجر في الحكميات دون الحسيات، ونفوذ القول حكمي، ألا ترى أنَّه يرد ولا يقبل، والفعل حسي لا يمكن رده إذا وقع، فلا يتصور الحجر عليه».

(٢) انظر: مجموع الأنهر ملتقى الأبحر (٢/ ٤٣٧)، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٦/ ١٤٣)، وبدائع الصنائع (٩/ ٤٤٦٨).

الكاساني: «ولا تصح التصرفات الضارة المحضة بالإجماع»[1].

(ج) التصرُّفات الدائرة بين الضرر والنفع ـ من حيث هي ـ كالبيع والشراء والإجارة، والشركة والمزارعة والمساقاة، والنكاح، والرهن، وتسليم الشفعة، ونحوها من العقود التي تحتمل الربح والخسارة والضرر والنفع من حيث طبيعتها وإن كان العقد الذي تولاه الصبي بالذات كان عقداً جالياً للمنفعة بالفعل[2].

فهذه التصرفات إذا باشرها الصبي المميز تنعقد وتصح، لوجود أصل العقل فيه، لكنها تكون موقوفة على إجازة وليه أو وصيه، لنقص أهلية الأداء فيه، واحتمال وقوع الضرر فيها، فإذا أجازها انجبر ذلك النقص، وهذا الاحتمالُ فتكون نافذة، وإذا ألغاها تبطل، أما إذا لم يجزها ولم يلغها بل بقيت دون إجازة أو رفض حتى إذا بلغ الصبي المميز كان مخيراً بين إمضائها، أو ردها[3].

هذا إذا لم يكن الصبي المميز مأذوناً له بالتجارة.

أما إذا كان مأذوناً، كان له أن يباشر التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بنفسه، وتكون صحيحة ونافذة دون حاجة إلى الرجوع إلى الولي أو الوصي لأخذ الإجازة مرة أخرى؛ لأن الإذن له بالتجارة قد أزال الحجر عليه بالنسبة لهذا النوع من التصرفات[4].

---

(١) بدائع الصنائع (٩/ ٤٤٦٧)، وكشف الأسرار (٤/ ١٣٧٣)، وفتح القدير (٧/ ٣١٠)، ومجموع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٤٣٧)، وحاشية رد المحتار على الدر المختار (٦/ ١٤٣، ١٧٣)، وفتاوي قاضي خان بهامش الفتاوي الهندية (٣/ ٦٣٩)، ولسان الحكام، ط. مصطفى الحلبي(ص٣١٤).

(٢) بدائع الصنائع (٩/ ٤٤٦٨).

(٣) يراجع: بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٨٧، ٩/ ٤٤٦٧)، وفتح القدير (٧/ ٣١٠)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ١٥٤).

(٤) بدائع الصنائع (٩/ ٤٤٦٩).

ولا خلاف بين فقهاء الحنفية في نفاذ تصرفاته إذا كانت بربح أو بمثل القيمة أو بغبن يسير، غير أنَّ الخلاف بينهم إذا كانت بغبن فاحش، فذهب أبو حنيفة إلى صحتها ونفاذها؛ لأنَّ قصور رأيه قد انجبر بإذن الولي له بالتجارة، وأن إذنه قد ألحقه بالبالغ فيها، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى عدم صحتها؛ لأنَّ الغبن الفاحش بمنزلة التبرع وهو ليس أهلاً، ويؤكده أنَّ الولي لا يملك مثل هذا التصرف بنفسه فكيف يؤثر إذنه في إجازته، ولا سيما أنَّ إذنه لمنفعته لا للإضرار به[١].

هذا إذا عقد في مال نفسه، أما إذا كان في مال غيره ووكل فيه فقد صح عقده ونفذ، قال الكاساني: «لو توكل ـ أي: الصبي المميز ـ عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصرفه»[٢].

وذهب المالكية إلى أنَّ تصرفات الصبي المميز صحيحة وموقوفة على إجازة الولي.

لكنها إن تعينت المصلحة في إجازتها تعين على الولي أن يجيزها، وإن تعينت المفسدة في ردّها يجب عليه ردها، وإن استوت المصلحة في الإجازة والرد يكون بالخيار إن شاء أجازها، وإن شاء ردها[٣].

---

(١) بدائع الصنائع (٩/ ٤٤٦٧)، وأحكام القرآن للجصاص (٢/ ٦١، ٦٢)، وكشف الأسرار (٤/ ١٣٧٣)، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٦/ ٢٣٨ ـ ٢٥٨)، والمغني في أصول الفقه للخبازي (ص٣٦٥)، وأصول السرخسي، تحقيق أبي الوفاء الأفغاني (٢/ ٢٤٠)، وحاشية الأزميري على مرآة الأصول لمنلا خسرو (٢/ ٤٢٥).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٨٧)، والمصادر السابقة.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٩٤)، والقوانين الفقهية (ص٢٧٤)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٢٨)، وشرح الخرشي على مختصر خليل (٥/ ٢٩١)، وبلغة السالك على الشرح الصغير، ط. عيسى الحلبي (٢/ ٦٣٢).

فعلى هذا، فالتصرفات النافعة نفعاً محضاً مثل قبول الهبة، والوقف، والوصية، ونحوها إن قبلها الصبي المميز يجب على الولي أن يجيزها، وليس له ردها. والتصرفات الضارة مثل إنشاء الهبة، والوقف يجب على الولي أن يردها.

وأمَّا التصرُّفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع وغيره من المعارضات المالية فإذا قام بها الصبي المميز بغير إذن وليه وكانت تلك المعاوضة على وجه السداد ـ أي: بأن كان البيع ـ مثلاً ـ بالقيمة ـ ، ولأجل إنفاقه على نفسه فيما لا بدَّ له منه، واستوت المصلحة في إجازتها، وردّها كان للولي أو الوصي إذا اطلع عليها الخيار بين ردّها أو إجازتها، وإن لم يطلع عليها، أو علم وسكت، أو كان ـ الصبي ـ مهمَلاً لا ولي له ثمَّ بلغ الصبي وخرج من الحجر، فإنَّ النظر في ذلك له لا للولي، فإن شاء ردَّه، وإن شاء أمضاه.

هذا هو المشهور في مذهب مالك، ولا فرق في ذلك بين كون المبيع عقاراً أو غيره، سواء كان عنده عقار آخر أم لا[1].

قال الدسوقي: «إذا باع اليتيم دون إذن وصيه، أو صغير بدون إذن أبيه شيئاً من عقاره أو أصوله بوجه السداد في نفقته التي لا بدَّ له منها، وكان لا شيء له غير الذي باع، أو كان له غيره ولكن ذلك المبيع أحق ما يباع من أصوله، فاختلف فيه على ثلاث أقوال:

أحدها: أن البيع يُرد على كل حالة، ولا يتبع بشيء من الثمن؛ لأن ذلك المشتري سلطه على إتلافه، وهو قول ابن القاسم وهو أضعف الأقوال.

القول الثاني: يرد البيع إن رأى الولي أن الرد هو الوجه والمصلحة ولا يبطل الثمن عن اليتيم، ويؤخذ من ماله الذي صوّنه بذلك الثمن، فإن ذهب ذلك المال الموجود المصون، وتجدد له مال غيره فلا يتبع الثمن فيه وهو قول إصبغ.

---

(١) شرح الخرشي (٥/ ٢٩٣)، والمصادر السابقة.

القول الثالث: إنَّ البيع يمضي ولا يرد، فإن كان قد باع بأقل من الثمن، أو باع ما غيره أحق بالبيع منه في نفقته فلا يختلف في أنَّ البيع يرد ولا يبطل الثمن عن اليتيم لإدخاله إياه قيماً لا بدَّ له منه»[1].

كما أعطى المالكية الحق للصبي المميز في رد تصرفاته ـ إن بلغ حد الرشد ولم يجزها الولي ولم يرفضها ـ على الراجح في المذهب، وذهب ابن سلمون وابن عتاب إلى أنَّ الصبي إذا تصرف تصرفاً قوليًّا ولم يعلم به الولي حتى رشد فلا يبقى له الحق في رده[2].

كما اختلفوا فيما لو علم الولي بتصرفه لكنه سكت؟

فذهب العلَّامة أبو البركات الدردير إلى أنَّ الصبي يبقى له الحق في ردها، وذلك لأنَّ سكوت الولي هنا لا يحمل على الرضا في حين ذهب ابن الحاج وابن عتاب وابن رشد إلى أنَّه يسقط حقه؛ لأنَّ سكوت الولي مع علمه إمضاء له[3].

ثمَّ إنَّ التصرفات التي يبقى للصبي الحق في ردها بعد البلوغ بعد تحقق الشروط السابقة هي التصرفات الضارة التي يجب على الولي ردها، والتصرفات التي يجوز له ردها أو رفضها كالمعاوضات المالية التي تستوي فيها المصلحة في الرد والإجازة، ولا يسقط حقه في كون العقد الذي أنشأه من قبل نافعاً ليس في ضرر هذا هو الراجح في المذهب.

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٩٤)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٨٢ ـ ٢٨٤).

(٢) وأمَّا المهمل ـ أي: الصبي المميز الذي لا ولي له ـ فإنَّ المشهور أنَّ أفعاله جائزة إذا بلغ الحلم مطلقاً. أمَّا ابن القاسم فيعتبر نفس فعله إذا وقع فإن كان رشداً جاز وإلَّا رده. انظر: بداية المجتهد (٢/ ٢٨٢).

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٩٤)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٨٢).

غير أنَّ ابن رشد[1] قد أفاد بأنَّ الصبي المميز إذا رشد إنما يكون له الرد إذا تغير حال المعقود عليه بزيادة فيما باعه، أو نقص فيما اشتراه، فإن استمر فلا ردّ.

قال الدردير: والتحقيق الإطلاق[2].

كما أجاز المالكية للصبي المميز التصرف في الشيء اليسير الذي يحتاج إليه دون توقف على إذن الولي[3].

وذهب **الحنابلة** إلى أنَّ عقود الصبي المميز وتصرفاته إنما تصح إذا أذن له الولي، أما قبل الإذن فلا تصح[4]، لكن يجوز للولي أن يأذن له في جميع أنواع التجارة على المذهب[5]، وإذا أذن له بها لم يجز له أن يؤجر نفسه، ولا أن يتوكل لغيره، ولا أن يوكل غيره على المشهور، وقال في الكافي: هو كالوكيل[6].

ثمَّ إنَّما يأذن له الولي فيما فيه النفع، كما أنَّه لا يتصرف إلَّا بالأنفع، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾[7].

هذا وقد أجاز الحنابلة للصبي المميز بيعه وشراءه في الشيء اليسير

---

(١) نقلاً عن الدردير في شرح الكبير ـ مع حاشية الدسوقي ـ (٣/ ٢٩٥)، وراجع: بداية المجتهد (٢/ ٢٨٢، ٢٨٣).

(٢) الشرح الكبير (٣/ ٢٩٥).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) الإنصاف للمرداوي (٥/ ٣١٨)، وحاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع (٥/ ١٨١، ١٨٢)، المغني لابن قدامة (٤/ ٥٠٦، ٥٢١، ٥٢٦)، والقواعد لابن رجب (ص١٣٦)، وشرح الكوكب المنير (١/ ٤٩٩، ٥٠٠).

(٥) ونقل عن أحمد رواية بعدم جواز الإذن له. انظر: الإنصاف (٥/ ٢٤٢).

(٦) الإنصاف (٥/ ٣٤٥).

(٧) سورة الأنعام: الآية ١٥٢.

بدون إذن الولي؛ لأنَّ الحكمة في الحجر هي الحفاظ على أمواله، وعدم ضياعها، والشيء اليسير لا يؤدي إلى ذلك[1].

أدلَّة الفريقين:

١ ـ استدلَّ الشافعية ومن معهم بالكتاب والسنَّة والقياس.

(أ) **الكتاب**، كقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[2]. قال الشافعي: «فدلت الآية على أنَّ الحجر ثابت على اليتامى حتى يجمعوا خصلتين: البلوغ، والرشد»[3].

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾[4]، وقد فسَّر ابن عباس السفيه بالصبي والضعيف في العقل، وفسَّره ابن جبير: باليتيم[5].

(ب) **السنَّة المشرفة**، كقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم ـ وفي رواية: «حتى يكبر»، وفي رواية ثالثة: «حتى يشب» ـ وعن المجنون حتى يعقل ـ وفي رواية الترمذي: وعن المعتوه كلا»[6].

---

(١) كشاف القناع (٢/ ٢٠٦).

(٢) سورة النساء: الآية ٦. وراجع: تفسير القرطبي (٥/ ٣٣)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣١٩).

(٣) أحكام القرآن للشافعي (١/ ١٣٨)، وأحكام القرآن لإلكيا الهراس، ط. دار الكتب الحديثة (٢/ ١١٣).

(٤) سورة النساء: الآية ٥. وراجع: أحكام القرآن لإلكيا الهراس (٢/ ١٠٩).

(٥) انظر: أحكام القرآن للشافعي (٢/ ١٨٤)، وأحكام القرآن لإلكيا (٢/ ١١٠)، وتفسير القرطبي (٥/ ٢٧)، والسنن الكبرى للبيهقي (٩/ ٢٤٩)، وتفسير الفخر (٣/ ١٤٢).

(٦) الحديث رواه الترمذي، وأبو داود وابن ماجه، والنسائي والحاكم وابن حبان، وأحمد. قال الترمذي: حديث حسن والعمل عليه عند أهل العلم، وقال السيوطي: حديث صحيح، وقد رواه البخاري تعليقاً. =

وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنَّه يدل على رفع القلم عن الصبي بالتكليف؛ أي: رفع عنه التكليف، إذن فإذا عقد عقداً فهو غير ملزم شرعاً بتنفيذ التزاماته؛ لأنَّ الإلزام إنما يأتي من التكليف، وهو غير مكلف فيكون غير ملزم بتنفيذ التزاماته، ومبنى العقود على وجوب الوفاء، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ...﴾[1].

وبعبارة أخرى: إنَّ قوة إلزامية العقد مستمدة من هذه الآية التي تخاطب المؤمنين البالغين، وهي لا تشمل الصبي لأنَّه غير مخاطب، وبالتالي لا يكون ملزماً، وإذا لم يكن ملزماً لم يتم العقد[2].

قال النووي: «وجه الدلالة ـ من هذا الحديث ـ أنَّه لو صح البيع لزم منه وجوب التسليم على الصبي، وقد صرح الحديث بأنَّ الصبي لا يجب عليه شيء، وقيل: إنَّ مقتضى الحديث إسقاط أقواله وأفعاله»[3].

(ج) القياس، وذلك من وجهين:

الوجه الأوَّل: قياس الصبي على المجنون والنائم في عدم الاعتداد بأقوالهم بجامع الضعف في العقل.

وقد قوي هذا حيث جمعهم الرسول ﷺ في كون القلم مرفوعاً عنهم في الحديث السابق.

= انظر: سنن الترمذي مع تحفة الأحوذي، كتاب الحدود (٤/ ٦٨٥)، وسنن أبي داود مع العون، كتاب الحدود (١٢/ ٧٢)، وابن ماجه (١/ ٦٥٨)، والمستدرك (٤/ ٣٨٩)، ومسند أحمد (٦/ ١٠٠)، وفيض القدير (٤/ ٣٥).
وراجع: صحيح البخاري مع فتح الباري، كتاب الطلاق (٩/ ٣٨٨)، وكتاب الحدود(١٢/ ١٢٠)، والمحلى لابن حزم (٩/ ١٧١).

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) وهذا دليل قوي على مدى قوَّة الصبغة الدينية على المعاملات عند الشافعية، حيث من لم يكن أهلاً للعبادة لم يكن أهلاً للمعاملة.

(٣) المجموع (٩/ ١٥٦)، وراجع: المحلى لابن حزم(٩/ ١٧١).

الوجه الثاني: قياس عقود الصبي على حفظ المال، فكما أنَّه لا تُدفع إليه أمواله إلَّا بعد البلوغ والرشد، فكذلك لا يُعتد بأقواله.

قال الشيرازي: «... ولأنه تصرف في المال فلم يفوض إلى الصبي والمجنون كحفظ المال»[1].

٢ ـ واستدل الجمهور على الاعتداد بأقوال الصبي، وصحة عقوده بإذن الولي ـ على التفصيل بينهم ـ بقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ...﴾[2].

فقد أمر الله تعالى أولياء الأمور باختبار الصبي قبل بلوغ الحلم والرشد، وذلك بتدريبه على ممارسة البيوع والتجارات، إلى أن يتحسسوا منه الرشد وكمال العقل والصلاح في تدبير أموره فحينئذٍ يرفع عنه الحجر، فلو لم يكن للصبي أن يباشر البيع لما حصل لوليه الإحساس بأنَّه صالح للتعاقد.

قال الكاساني: «فكان الإذن بالابتلاء إذناً بالتجارة»[3].

قال ابن العربي والقرطبي: «فإذا توسم الولي منه الخير يدفع إليه شيئاً من ماله يبيح له التصرف فيه، فإن نمَّاه وحسن النظر فيه فقد وقع الاختبار»[4].

وقال ابن قدامة: «واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله، فإن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء، فإذا تكررت منه فلم يغبن ولم يضيع ما في يديه فهو رشيد»[5].

---

(١) المهذب (١/ ٢٥٧).

(٢) سورة النساء: الآية ٦. وراجع: تفسير القرطبي (٥/ ٣٣ ـ ٤٠)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٢٠)، وأحكام القرآن للجصاص (٢/ ٤٧).

(٣) بدائع الصنائع (٩/ ٤٤٦٦).

(٤) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٢٠)، وتفسير القرطبي (٥/ ٣٤).

(٥) المغني (٤/ ٥١٧).

المناقشة:

ويمكن أن نناقش أدلة الشافعية ومن معهم بالآتي:

أوّلاً: إنَّ الآيتين اللتين أوردوهما لا تدلاّن على الدعوى، فالآية الأولى تدل على أنَّ دفع الأموال إلى اليتامى لا يجوز إلَّا بعد البلوغ والرشد، والثانية تدل على النهي من إعطاء السفيه أمواله، إذن فكلتاهما في منع دفع الأموال إليهم إلَّا بعد تحقق الرشد والبلوغ.

وهذا ليس محلّ النزاع؛ لأنَّ الجمهور متفقون معهم على أنَّه لا يدفع إليه أمواله على سبيل الحفظ والرعاية، وإنَّما يدفع إليه جزء يسير على سبيل الاختبار والامتحان.

ولو سلمنا أنَّ الآية عامة في منع دفع أي مال إليه، فلا تدل على عدم صحة تصرفاته القولية أو انعقادها إذا أذن له الولي، وذلك لوجود التمييز وأصل العقل عنده. كما أن تصرفه حينئذٍ يعود إلى الولي حقيقة.

ثانياً: أما الحديث فهو في رفع القلم عنه بالإثم، فلا يدل بمنطوقه على عدم انعقاد عقوده إن أذن له الولي.

ثالثاً: أما قياس الصبي على المجنون والنائم فقياس مع الفارق؛ لأنَّهما ليس لهما الوعي والتمييز والإدراك وقت الجنون والنوم، فكيف يقاس فاقد الوعي والتمييز على واجدهما؟!

وأما قياس عقود الصبي على حفظ المال فقياس مع الفارق؛ لأن حفظ المال يحتاج إلى عقل كامل وخبرة، وقدرة على الحفظ وهو ليس عنده ذلك، ثمَّ إنَّه لو دفع إليه أمواله لربما أضاعها نتيجة لعدم خبرته، في حين أنَّ التصرف بإذن الولي لا يترتب عليه الضياع؛ لأنَّه في حدود الإذن الممنوح له من قبل الولي، ومقيد بأن لا يكون فيه ضرر أو غبن فاحش.

هذا وقد ناقش الشافعية أدلة الجمهور من وجهين:

الوجه الأوَّل: أنَّ الاختبار لا يعني القول بانعقاد تصرفه وعقوده، بل المراد به أن يفسح المجال له لمباشرة مقدمات العقد فيبدأ بالمساومة والعرض والطلب إلى أن ينتهي إلى العقد فيباشره عنه وليه، قال إلكيا الهراسي: «فدلت الآية على أنَّ الابتلاء قبل البلوغ لا بدفع المال إليه، ولا بأن يبقى بعقله ورأيه حتى يزعم كونه رشيداً... بل دلَّ على أنَّ الابتلاء قبل البلوغ في أمر الدين والدنيا بأن يربِّيه على الخيرات والطاعات ويندبه إلى المراشد، وتأمُّل التصرفات والتجارات حتى يكون نشوؤه على الخيرات، فإذا بلغ النكاح نفعه ما تقدم من التدريب، ويحصل به إيناس الرشد...»[1].

الوجه الثاني: أنَّ المراد بهذا الابتلاء الذي يدفع إليه فيه جزء من المال للتصرفات هو الابتلاء بعد البلوغ مباشرة، وذلك إذا تمَّ للصبي البلوغ يدفع إليه جزء من ماله للتصرُّفات، فإن أونس منه الرشد دفع إليه جميع أمواله. وعلى هذا يكون الابتلاء على مرحلتين: مرحلة الابتلاء قبل البلوغ، وذلك بممارسة مقدمات العقود، ومرحلة ما بعد البلوغ مباشرة لاستئناس الرشد، وذلك بدفع جزء من المال إليه للتصرف.

ويمكن أن يرد الوجه الأول من مناقشة الشافعية للجمهور بأنَّ الآية عامة في مطلق الاختبار دون تقيده بمقدمات العقد، لذلك فالتقييد بها تقييد بلا دليل، وأما الوجه الثاني فمردود بأن الآية الكريمة قد أمرت بالاختبار قبل البلوغ كما هو الظاهر من نص الآية: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾[2]، فيبدأ الاختبار قبل البلوغ، وينتهي به مع تحقق الرشد فيظل الاختبار سارياً إلى أن يتحقق، وقد لا يتأخر كما إذا تحقق الرشد مع البلوغ أو قبله، ثمَّ إنَّ هذا الوجه اعترف بدفع الأموال إلى الصبي قبل تحقق الشرط الثاني لدفع

---

(١) أحكام القرآن لإلكيا (٢/ ١١٣، ١١٤).

(٢) سورة النساء: الآية ٦.

الأموال وهو تحقق الرشد، وهم لا يقولون بذلك لأن الآية نصت على أنَّه لا يدفع إليه أمواله إلَّا بعد تحقق الرشد.

تحرير محل النزاع والترجيح:

لا يخفى أن الفريقين متفقان على أنَّ الصبي لا تعطى إليه أمواله للحفظ والرعاية، كما أنَّ الجمهور متفقون مع الشافعية في أنَّ الصبي لا يملك بنفسه إنشاء العقود إلَّا عند بعضهم لضرورة قصوى، وإنَّما الخلاف في عقود الصبي المميز إذا أذن له الولي بها، أو أجازها.

والذي يظهر لنا رجحانه هو مذهب الجمهور القائل بصحة عقود الصبي المميز التي لم يقع فيها غبن فاحش إذا أذن له بها الولي أو أجازها، وذلك لأنَّ أدلة الشافعية لم تنهض حجة على عدم صحة عقوده إذا أجازها الولي، كما أنَّ مناقشة الشافعية لدليل الجمهور لم تستطع أن تنال منه، أو تدك بنيانه بل بقي سليماً، ثمَّ إنَّ الصبي المميز عنده من الوعي والتمييز ما يدرك به الضرر من النفع، فإذا كان قد غاب عنه شيء، فإنَّ رقابة الولي عليه تحول دون إقرار ما هو الضرر، كما أنَّ النقص الموجود ينجبر بتوقف العقد على إذن الولي، فإذا أذن له فكأن الولي قد قام به، ولا سيما إذا لاحظنا أنَّ فترة التمييز تمتد من السن السابعة إلى السن الخامسة عشرة أو الثامنة عشرة عند بعض.

فالصبي الذي عاش في بيئة التعامل والتجارة وبلغ عمره أربع عشرة سنة أو أكثر، لكن لم يصل إلى البلوغ يدرك تماماً القضايا التجارية، فليس من مصلحته أن يمنع من التعامل وإنشاء العقود منعاً باتاً، ولا يصح أن تطلق يده بدون رقابة ولا رعاية، لذلك لاحظ الشارع ذلك وقرر الحل الوسط وهو صحة عقوده إذا ما أذن له الولي أو أجازها، وحتى قيَّدَ جواز الإذن بعقودٍ فيها نفع لا العقود التي فيها ضرر بيِّن؛ لأنَّه قد تسنح للصبي المميز بعض الفرص لإنشاء عقود نافعة نفعاً ظاهراً، فإذا لم نعط له حق إنشاء العقد تضيع عليه هذه الفرص.

ثمَّ من خلال توقف عقوده على إذن الولي أو الوصي نتدارك الضرر، ثمَّ إنَّ في ذلك تنمية لمواهب الصبي المميز وقدراته وتدريباً على الخوض في التعاقد والتجارات، ثمَّ إنَّه لا يلزم من رفع القلم عن الصبي بالإثم عدم صحة عقوده بإذن الولي.

قال الشوكاني: «وارتفاع اليتم لا يستلزم البلوغ الذي هو مناط التكليف؛ لأنَّ اليتم يرتفع عن إدراك الصبي لمصالح دنياه، والتكليف إنما يكون عند إدراكه لمصالح آخرته»[1].

ومن جهة أخرى لا يستلزم رفع الإثم عنه عدم الاعتداد بتصرفاته مطلقاً، فالصبي إذا أتلف شيئاً يترتب عليه ضمانه ويتولى عنه وليه، وأيضاً أنَّ هناك آثاراً عن السلف الصالح تدل على أنَّهم كانوا يصححون بعض عقود الصبي المميز.

فقد روى الدارمي بسنده أنَّ عمر بن الخطَّاب أجاز وصية سليم الغساني وهو ابن عشر سنين[2]، وروى أن عمر بن عبد العزيز أجاز وصية ابن ثلاث عشرة سنة[3]. وكذلك روى عن شريح أنَّه أجاز وصية عباس بن إسماعيل ـ وهو صبي ـ لظئره ـ مرضعته ـ من أصل الحيرة[4]. وروى أيضاً بسنده عن

---

(١) نيل الأوطار، ط. مكتبة الكليات الأزهرية (٦/ ٦٢١).

(٢) فقد روى بسنده عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أخبره أنَّ غلاماً بالمدينة حضره الموت، وورثته بالشام، وأنهم ذكروا لعمر أنَّه يموت فسألوه أن يوصي فأمره عمر أن يوصي فأوصى ببئر يقال له بئر جشم، وأنَّ أهلها باعوها بثلاثين ألفاً، قال أبو بكر: كان ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة. كما روى عن قبيصة بسنده عن أبي بكر أنَّ سليماً الغساني مات وهو ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة، فأوصى ببئر له قيمتها ثلاثون ألفاً، فأجازها عمر بن الخطاب.
انظر: سنن الدارمي، ط. دار المحاسن بالقاهرة ١٩٦٦م (٢/ ٣٠٥، ٣٠٦).

(٣) سنن الدارمي (٢/ ٣٠٥، ٣٠٦).

(٤) المصدر السابق نفسه.

أبي إسحاق قال: «أوصي غلام من الحي ابن سبع سنين، فقال شريح: إذا أصاب الغلام في وصيته جازت»[١]. وقال شريح أيضاً: «إذا اتَّقى الصبي الركية ـ أي: البئر؛ أي: إذا ميز بين النفع والضرر ـ جازت وصيته»[٢]. كما روى بسنده عن إبراهيم النخعي أنَّه قال: «يجوز وصية الصبي في ماله في الثلث فما دونه، وإنَّما يمنعه وليه في الصحة رهبة الفاقة عليه، فأما عند الموت فليس له أن يمنعه»[٣].

فيفهم من هذا أن القضية في الولاية مصلحة الصبي، فحينما تتحقق المصلحة الدينية والدنيوية لا يمنعه الولي[٤].

المرحلة الرابعة: طور البلوغ إلى الموت:

إذا بلغ الإنسان عاقلاً رشيداً فقد تمت له أهلية الأداء الكاملة، وأصبح مكلفاً وأهلاً لتوجيه الخطاب الشرعي إليه، وبالتالي أصبح رضاه تاماً وكاملاً، وعقوده وتصرفاته صحيحة نافذة بدون إذن أحد إن لم يكن هناك مانع آخر، وتستمر معه هذه الأهلية إلى الموت.

بل ذهب فريق من الفقهاء إلى أنَّ الذمة تبقى بعد موت صاحبها إلى أن

---

(١) سنن الدارمي (٢/ ٣٠٥، ٣٠٦).
(٢) المصدر السابق نفسه.
(٣) المصدر السابق نفسه.
(٤) وقد ذكر ابن حزم في المحلى (١٠/ ٦١٤، ٦١٥)، آثاراً عن بعض السلف بقبولها شهادة الصبيان مطلقاً أو بعضهم على بعض، فقال: فصح عن ابن الزبير أنَّه أجاز شهادتهم، قال ابن مليكة: فأخذ القضاة بقول ابن الزبير كما روي عن علي وعن ابن الزناد. وقال: السنَّة أن يؤخذ بشهادة الصبيان بعضهم على بعض، وعن عمر بن عبد العزيز وربيعة وشريح وأبي بكر بن حزم وعطاء والحسن وإبراهيم النخعي وغيرهم. فهذا يدل على عدم إلغاء أقوالهم مطلقاً.

يؤدي عنه القيم أو غيره جميع الحقوق والالتزامات التي وجبت عليه حالة حياته[١].

وهذا ما تؤيده الأحاديث الصحيحة، منها ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم أنَّ رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدين فيسأل: «هل ترك لدَينه من قضاء؟»، فإن حدث أنه ترك وفاء صلَّى عليه، وإلَّا فقال: «صلوا على صاحبكم»، فلما فتح الله عليه الفتوح قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفي وعليه دَين فعليَّ قضاؤه، ومن ترك مالاً فهو لورثته»[٢].

وروى البخاري وغيره أنَّ النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها، فقال: «هل عليه دين؟»، قالوا: لا، فصلَّى عليه، ثمَّ أتي بجنازة أخرى فقال: «هل عليه من دين»، قالوا: نعم. قال: «فصلوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة: عليَّ دينه يا رسول الله، فصلَّى عليه[٣].

---

(١) انظر في تفصيل ذلك: فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٥/ ٤١٩)، والبحر الرائق (٦/ ٣٥٣)، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٥/ ٣١٢)، وقوانين الأحكام الفقهية (ص٢٧٨)، وبداية المجتهد (٢/ ٣٠٠)، والغاية القصوى (١/ ٥٢٩)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٦٠٨)، ونيل الأوطار (٦/ ٤٠٤)، والقواعد لابن رجب (ص٣٤٨).

(٢) انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الكفالة (٤/ ٤٧٧)، ومسلم، كتاب الفرائض (٣/ ١٢٣٧)، ومسند أحمد (٢/ ٢٩٠)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٧٢)، وراجع: التلخيص الحبير (٣/ ٤٨)، ونيل الأوطار (٦/ ٤٠٤).
قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٤/ ٤٧٨): «قال العلماء: كأنَّ الذي فعله ﷺ من ترك الصلاة على من عليه دين ليحرض الناس على قضاء الديون في حياتهم، والتوصل إلى البراءة منها... وقد ذكر بعض الفقهاء أن عدم صلاته كان خاصاً بمن كان قد استدان لأمر غير جائز، أو كان مقصراً في عدم أدائه في حال حياته، وقد استدلوا بحديث ابن عباس أنَّ النبي ﷺ لما امتنع عن الصلاة على من عليه دين جاءه جبريل فقال: «... فأما المتعفف ذو العيال فأنا ضامن له أؤدي عنه»، فصلَّى عليه النبي ﷺ. قال الحازمي في هذا الحديث: لا بأس به في المتابعات».

(٣) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الكفالة (٤/ ٤٧٤).

ورووا أنَّه ﷺ حضر جنازة فقال: «هل عليه دين؟ فقالوا: نعم ثلاثة دنانير... فقال أبو قتادة: وعليَّ دينه»[1].

قال الحافظ ابن حجر: «واستدل به على جواز ضمان ما على الميت من دَين ولم يترك وفاء، وهو قول الجمهور خلافاً لأبي حنيفة»[2].

فهذه الأحاديث الصحيحة تدل بكل صراحة ووضوح على أنَّ مسؤولية الإنسان عما التزم به حال حياته لا تنتهي بالموت، بل ستظل ذمته مشغولة به إلى أن يؤدى عنه.

فقد روى الحاكم في المستدرك من حديث جابر في قصة الميت الذي كان عليه ديناران فتكفلهما أبو قتادة أنَّ رسول الله ﷺ قال له: «هما عليك وفي مالك، والميت منهما بريء؟»، قال: نعم فصلَّى عليه، فجعل رسول الله ﷺ إذا لقي أبا قتادة يقول: «ما صنعت الديناران؟» حتى كان آخر ذلك أن قال: قد قضيتهما يا رسول الله، قال: «الآن حين بردت عليه جلده»[3].

وفي حادثة أخرى قال ﷺ لعلي وهو قد تحمَّل عن الميت الدَّين: «جزاك الله خيراً وفك الله رهانك»[4].

ثمَّ لنا أن نتساءل:

---

(١) انظر: صحيح البخاري مع الفتح (٤/ ٤٢٢)، ومسند أحمد (٢/ ٢٩٠)، والسنن الكبرى (٦/ ٧٢).
(٢) فتح الباري (٤/ ٤٧٤).
(٣) رواه البيهقي في السنن (٦/ ٧٣)، وراجع: فتح الباري (٤/ ٤٦٨).
(٤) سنن الدارقطني (٣/ ٤٧)، وراجع: فتح الباري(٤/ ٤٦٨).

ما هو المعيار الصحيح للبلوغ والرشد اللذين هما مناط أهلية الأداء الكاملة والرضا التام؟

للجواب عن ذلك نقول:

أمَّا بخصوص البلوغ: قال الفقهاء: هو ما يتم فيه الصبي قواه العقلية.

غير أنَّ هذا أمر باطني لا يمكن الاطِّلاع عليه، ثمَّ الحكم عليه بالتمام أو النقصان، ولذلك قدروا له معياراً محسوساً يسهل الاعتماد عليه مثل السن، وبلوغ الاحتلام ـ أي: خروج المني ـ سواء كان يقظة، أو في المنام للذكر والأنثى، كالحيض والحمل للأنثى.

قال القرطبي: «لم يختلف العلماء في هذه الأمور»[(١)].

وقد اختلف الفقهاء في إثبات بعض علامات أخرى كإنبات العانة شعراً خشناً[(٢)] ونحو ذلك[(٣)].

---

(١) تفسير القرطبي(٥/ ٣٥)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٢٠)، ويبدو أنَّ القرطبي لم يطلع على رأي داود الظاهري الآتي، أو لم يعبأ به. وراجع: المغني لابن قدامة (٤/ ٥٠٩).

(٢) اختلف الفقهاء في ذلك، فذهب المالكية والحنابلة إلى اعتبار شعر العانة الخشن علامة للبلوغ مطلقاً. والشافعية إلى اعتباره بالنسبة لأولاد الكفرة مستشهدين بحديث عطية القرظي حيث اعتبر الرسول ﷺ بهذه العلامة كحد فاصل بين البالغ وغيره، وهذا الحديث صحيح رواه أصحاب السنن والحاكم. وأمَّا الحنفية فلم يعتدوا به مطلقاً.
انظر الحديث في: سنن الترمذي مع التحفة، وقال: حديث صحيح (٥/ ٢٠٨)، والنسائي (٦/ ١٢٧)، وسنن أبي داود مع العون (١٢/ ٧٩)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٩)، والدارمي (٢/ ١٤٢)، ومسند أحمد (٤/ ٣١٠، ٣٤١، ٥/ ٣١٢).
وراجع الأقوال الفقهية في: فتح القدير (٧/ ٣٢٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٩٣)، والروضة (٤/ ١٧٨)، والغاية القصوى (١/ ٥١٣، ٥١٤)، وحاشية الروض المربع على شرح زاد المستقنع (٥/ ١٨٤)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥٠٩).

(٣) مثل: نتن الإبط، وغلظ الصوت، وفرق الأنف؛ حيث اعتبرها المالكية ـ ووجه =

كما اختلفوا في تحديد السن التي يبلغ فيها الإنسان:

فذهب الجمهور: الشافعية والحنابلة والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة، وأبو حنيفة في رواية إلى تقدير سن البلوغ بخمس عشرة سنة للذكر والأنثى. وبه قال ابن وهب وأصبغ وعبد الملك بن الماجشون وعمر بن عبد العزيز وجماعة من أهل المدينة، واختاره من المالكية ابن العربي وغيره[1].

وذهب أبو حنيفة إلى تقدير سن البلوغ بثماني عشرة سنة للذكر، وفي رواية أخرى بتسع عشرة سنة له، وبسبع عشرة سنة للأنثى[2]، وذهب المالكية إلى تقديرها بثماني عشرة سنة للذكر والأنثى[3].

وذهب بعض الفقهاء إلى تقديرها باثنتين وعشرين سنة.

ونقل عن عمر أنَّه قدرها بخمس وعشرين سنة[4].

= للشافعية ـ من علامات البلوغ خلافاً لغيرهم من الأئمة. انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٩٣)، والمصادر الفقهية السابقة.

(١) انظر في هذه الآراء وما يدور حولها: شرح العناية مع تكملة فتح القدير (٧/ ٣٢٣)، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٦/ ١٥٣)، وبدائع الصنائع (٩/ ٤٤٦٩)، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٤٤٤)، والشرح الكبير ـ مع حاشية الدسوقي ـ (٣/ ٢٩٣)، وشرح الخرشي على مختصر خليل (٥/ ٢٩١)، والقوانين الفقهية (ص٢٧٥)، وروضة الطالبين (٤/ ١٧٨)، وفتح العزيز للرافعي، بهامش المجموع (١٠/ ٢٧٧)، وشرح المحلي ـ مع حاشيتي القليوبي وعميرة ـ (٢/ ٣٠٠)، والغاية القصوى (١/ ٥١٣، ٥١٤)، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج (٥/ ١٦٣)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥٠٨)، وحاشية الروض المربع (٥/ ١٨٣)، والإنصاف (٥/ ٣٢٠). وراجع: أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٢٠)، وأحكام القرآن للشافعي (١/ ٨٦)، وتفسير القرطبي (٥/ ٣٥).

(٢) انظر: تكملة فتح القدير (٧/ ٣٢٣)، وبدائع الصنائع (٩/ ٤٤٦٩).

(٣) شرح الخرشي (٥/ ١٩)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٢٩٣).

(٤) ذكره العلَّامة أكمل الدِّين البابرتي في شرح العناية على الهداية (٧/ ٣٢٣).

وذهب داود الظاهري إلى أنَّه لا حد للبلوغ بالسن وإن بلغ أربعين سنة، بل العبرة بخروج المني للرجل والمرأة، وبالحيض للمرأة لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة...، وعن الصبي حتى يحتلم...»[1]. فقد حدد رفع القلم وعدم تكليفه بعدم الاحتلام، فإثبات البلوغ بالسن يخالف الخبر[2].

ولا نريد الخوض في تفاصيل هذه المسألة.

غير أنَّ ما يعضده الدليل هو قول الجمهور في تحديد سن البلوغ مطلقاً بخمس عشرة سنة، فقد روى البخاري ومسلم في صحيحيهما وغيرهما عن ابن عمر قال: «عرضت على النبي ﷺ يوم أحد في القتال، وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني»[3].

كما رووا عن نافع قال: «فقدمت على عمر بن عبد العزيز وهو يومئذٍ خليفة فحدثته هذا الحديث فقال: إنَّ هذا لحدٌّ بين الصغير والكبير، فكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن كان ابن خمس عشرة سنة، ومن كان دون ذلك فاجعلوه في العيال»[4].

ثمَّ لا يعني وصول الإنسان إلى هذه السن إعطاءه أمواله بل هناك شرط آخر بنص الآية الكريمة: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[5]، ولذلك لا خوف من خطورة تحديد هذه السن من

---

(١) سبق تخريج الحديث في (ص٣١٦).

(٢) انظر قول داود في: المغني لابن قدامة (٤/ ٥٠٩)، وتفسير القرطبي (٥/ ٣٥).

(٣) انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشهادات (٥/ ٢٧٦)، ومسلم، كتاب الإمارة (٣/ ١٤٩٠)، وسنن أبي داود مع العون (١٢/ ٧٩ ـ ٨١)، والنسائي (٦/ ١٢٦)، وراجع: التلخيص الحبير (٣/ ٤٢).

(٤) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الشهادات (٥/ ٢٧٦)، ومسلم، كتاب الإمارة (٣/ ١٤٩٠)، وسنن أبي داود مع العون (١٢/ ٧٩ ـ ٨١).

(٥) سورة النساء: الآية ٦.

حيث إنها مبكرة ربما تؤدي إلى إنفاق وتبذير في حالة ما إذا دفعنا إليه أمواله؛ لأن ذلك يتلافى باشتراط تحقق الرشد واستئناسه منه[1].

ثم إذا كانت سن البلوغ قد حددت بهذا التقدير فإنَّ بقية العلامات الأخرى ـ كخروج المني، والحيض والحمل وغيرها ـ معايير غير محددة حيث تختلف حسب الظروف الاجتماعية، والبيئية، والبِنْية، فقد يحتلم الصبي في وقت مبكر فيصبح بالغاً، وقد تحيض الصبية في السنة العاشرة أو أكثر أو أقل فتصبح بالغة[2]، وقال الحسن بن صالح: أدركت جارة لنا جدة بنت إحدى وعشرين سنة[3]. وقال المغيرة: احتلمت وأنا ابن اثنتي عشرة سنة[4].

وأمَّا الرشد فهو في اللغة بمعنى الاهتداء والصلاح وإصابة الصواب والاستقامة على طريق الحق، والرشيد هو الواعي الحسن التقدير فيما يفعل[5].

لكن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه ووضع معيار له، فذهب الجمهور: الحنفية[6] والمالكية[7] والحنابلة[8]، ووجه للشافعية اختاره

---

(١) المصادر الفقهية السابقة، وراجع: مختصر البويطي، مخطوطة الدار برقم (٢٠٨ فقه شافعي طلعت) (ص٢٤٦، ٢٤٧).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) ذكره البخاري تعليقاً. انظر: صحيح البخاري مع الفتح (٥/ ٢٧٦)، قال الحافظ ابن حجر في الفتح (٥/ ٢٧٧): «وقد ذكر الشافعي أيضاً أنه رأى جدة بنت إحدى وعشرين سنة، وأنها حاضت لاستكمال تسع، ووضعت بنتاً لاستكمال عشر، ووقع لبنتها مثل ذلك».

(٤) ذكره البخاري تعليقاً في صحيحه مع الفتح (٥/ ٢٧٧).

(٥) القاموس المحيط (١/ ٣٠٤، ٣٠٥)، والمصباح المنير (١/ ٢٤٣).

(٦) تكملة فتح القدير مع شرح العناية (٧/ ٣١٤)، وبدائع الصنائع (٩/ ٤٤٦٧)، ومجمع الأنهر (٢/ ٤٤٤).

(٧) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٢٩٩)، وشرح الخرشي (٥/ ٢٩٤)، وتفسير القرطبي (٥/ ٣٧)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٢٢).

(٨) المغني لابن قدامة (٤/ ٥١٦، ٥١٧).

ابن سريج[1] إلى أنَّ الرشد صلاح في المال؛ أي: الاهتداء في حفظ المال وإصلاحه، والقدرة على تدبير الأمور المالية واستغلال الأموال استغلالاً حسناً، وقد جمع هذا المعنى الإمام مالك بقوله: «الرشد تثمير المال، وإصلاحه فقط»[2].

وذهب الشافعية[3] والظاهرية[4] إلى أن المراد بالرشد هو الصلاح في الدِّين والمال، وهذا ما اختاره ابن المنذر، وبه قال الحسن البصري[5]، قال الشافعي: «الرشد ـ والله أعلم ـ الصلاح في الدِّين حتى تكون الشهادة جائزة، وإصلاح المال، وإنَّما يعرف إصلاح المال بأن يختبر اليتيم. . .»[6].

إذن فمعيار الرشد عندهم هو صلاح الدِّين، وإصلاح المال، والمراد بصلاح الدِّين أن لا يرتكب من المحرمات ما تسقط بها العدالة، وبإصلاح المال أن لا يكون مبذّراً.

قال الرافعي والنووي: «فمن التبذير تضييع المال بإلقائه في البحر، أو احتمال الغبن الفاحش في المعاملات ونحوها، وكذا الإنفاق في المحرمات»[7].

وقد استدلوا على ذلك بما رواه البيهقي عن ابن عباس أنَّه فسر «رشداً»

---

(١) انظر: الروضة للنووي (٤/ ٢٨١)، وفتح العزيز (١٠/ ٢٨٣).
(٢) بداية المجتهد (٢/ ٢٨١).
(٣) الأم (٣/ ١٩١)، وفتح العزيز (١٠/ ٢٨٣).
(٤) المحلى لابن حزم (٩/ ١٨٣).
(٥) المغني لابن قدامة (٤/ ٥١٦)، وتفسير القرطبي (٥/ ٣٧).
(٦) الأم (٣/ ١٩١، ١٩٢)، وأحكام القرآن للشافعي (١/ ١٣٨)، ومختصر البويطي، مخطوطة الدار (ص٢٤٦).
(٧) فتح العزيز (١٠/ ٢٨٣)، وروضة الطالبين (٤/ ١٨٠).

في الآية الكريمة بالصلاح في الدِّين، والحفظ للأموال[1]، وروى مثله عن الحسن ومقاتل[2]، ولا شك أنَّ ابن عباس حجة في التفسير بل هو ترجمان القرآن.

وقال ابن حزم: «فنظرنا في القرآن الذي هو المبين لنا ما ألزمنا الله تعالى إياه، فوجدناه كله ليس الرشد فيه إلَّا الدين، وخلاف الغي، لا المعرفة بكسب المال أصلاً، قال تعالى: ﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشۡدُ مِنَ ٱلۡغَيِّۚ...﴾[3]، فصحَّ أنَّ الرشد ليس هو كسب المال، ولا منعه من الحقوق ووجوه البر، بل هذا هو السفه، وإنَّما الرشد طاعة الله تعالى، وكسب المال من الوجوه التي لا تخالف الدِّين»[4].

فقد ربط الشافعي ومن معه التعامل بالدِّين والعدالة وقالوا: إنَّ الفاسق لا يوثق على دينه، فكيف يؤتمن على ماله، ولذلك لا تقبل شهادته[5].

فنظرة الشافعي نظرة دينية، حيث جعل الأموال وسائل لخدمة مصالح الدِّين، فمن لم يكن له دين لا يشك في أنَّه يستغل ماله خدمة لشهواته المحرمة، وأهوائه الفاسدة، والمال نعمة[6] من الله تعالى لا يستحقها

---

(١) روى البيهقي بسنده أنَّ ابن عباس قال في قوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ...﴾ الآية: «يقول الله تعالى: اختبروا اليتامى عند الحلم، فإن عرفتم منهم الرشد في حالهم والإصلاح في أموالهم فادفعوا إليهم أموالهم وأشهدوا عليهم». انظر: السنن الكبرى (٦/ ٥٩).

(٢) انظر: السنن الكبرى (٦/ ٥٩).

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٥٦.

(٤) المحلى لابن حزم (٩/ ١٨٤ ـ ١٩٧).

(٥) المصادر السابقة.

(٦) تشير سورة الضحى إلى كون المال من النعم العظيمة ﴿أَلَمۡ يَجِدۡكَ يَتِيمٗا فَـَٔاوَىٰ ۝٦ وَوَجَدَكَ ضَآلّٗا فَهَدَىٰ ۝٧ ... وَأَمَّا بِنِعۡمَةِ رَبِّكَ فَحَدِّثۡ﴾.

الفاسق، ولذلك يحرم من تداوله ويبقى تحت عناية الولي أو الوصي إلى أن تنصلح أحواله ويعود إلى رشده تاركاً غيَّه وفسقه.

وقد ردَّ **الجمهور هذه الأدلة** بأنَّه إذا كان قد روي عن ابن عباس تفسير الرشد بصلاح الدِّين، وإصلاح المال فإنَّه قد روي عنه بأنَّه قد فسَّره بالصلاح في الأموال فقط، وكذلك روي عن أعلام المفسرين الأوائل بأنَّهم فسروه بصلاح المال فقط[1]، ويدعم هذا الاتجاه أن لفظ «رشد» في اللغة ليس من حقيقة معناه الصلاح في الدِّين[2]، وليس هناك دليل في الشرع على أنه جعله مصطلحاً خاصاً به. والقرآن الكريم يخاطب العرب بلغتهم فيحمل الخطاب على أصل معناه اللغوي، إلَّا أن يدل دليل على خلاف ذلك، ومن جهة ثانية إن لفظ «رشداً» نكرة في سياق الإثبات فيحمل على مطلق الماهية.

وأمَّا تفسير ابن حزم للرشد فهو تفسير للرشد في الدِّين والعقيدة بدليل أول الآية: ﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشۡدُ مِنَ ٱلۡغَيِّۚ﴾[3]؛ أي: قد تبين الحق من الباطل.

وأما كلامنا، ففي الرشد في المعاملات، بدليل أننا نقر معاملات أهل الذمة فيما بينهم، وبيننا وبينهم في غير ما هو محرم علينا، مع أنَّهم ليس لهم الرشد في الدِّين.

وقد ردَّ ابن العربي على من ربط أداء المال بالعدالة فقال: «العيان يرد هذا، فإنَّا نشاهد المتهتك في المعاصي حافظاً لما له، فإن غرض الحفظين

---

(١) قال القرطبي: «قال ابن عباس والسدي والثوري في تفسير «رشداً»: صلاحاً في العقل وحفظ الأموال».
وكذلك روي عن سعيد بن جبير والشعبي والضحاك، وقال مجاهد: «رشداً» يعني في العقل خاصة. انظر: تفسير القرطبي (٥/ ٣٧)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥١٦).

(٢) المصادر اللغوية السابقة.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٥٦.

مختلف، أمَّا غرض الدِّين فخوف الله سبحانه، وأمَّا غرض الدنيا فخوف فوات الحوائج والمقاصد، وحرمان اللذات التي تنال به، ويخالف هذا الفاسق، فإن قبول الشهادة مرتبة، والفاسق محطوط المنزلة شرعاً»[1].

ومما يدعم اتجاه الجمهور واطراد مسلكهم وضعف اتجاه المخالفين أنَّ العدالة لا تعتبر في الرشد على الدوام حتى عند الشافعية فهم لم يشترطوا أيضاً دوام الرشد، فمن أعطي له المال ثمَّ فسق لا يسلب منه المال بالاتفاق[2].

فمعيار الرشد هو حفظ الأموال وإصلاحها، والمال وظيفة اجتماعية خطيرة يشترك في إدارته وتداوله الجميع.

وأيًّا ما كان معنى الرشد فالفقهاء[3] متفقون على أنَّه لا يعرف إلَّا بالاختبار لنص الآية: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَـٰمَىٰ﴾ وأنَّ نوعيته تختلف بحسب الظروف والأشخاص.

قال ابن العربي: «يتأمَّل أخلاق يتيمه، ويستمع إلى أغراضه، فيحصل له العلم بنجابته، والمعرفة بالسعي في مصالحه، وضبط ماله، أو الإهمال لذلك، فإذا توسم الخير قال علماؤنا: لا بأس أن يدفع إليه شيئاً من ماله ويكون يسيراً، ويبيح له التصرف فيه، فإن نمَّاه وأحسن النظر فيه فقد وقع الاختبار فليسلم إليه ماله جميعه، وإن أساء النظر فيه وجب عليه إمساك ماله»[4].

وقال الإمام الشافعي: «والاختبار يختلف بقدر حال المختبر، فإن كان من الرجال ممن يتبذل فيخالط الناس استدل بمخالطته الناس في الشراء والبيع قبل البلوغ وبعده حتى يعرف أنَّه يحب توفير ماله، والزيادة فيه، وأن لا يتلفه

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٢٢).
(٢) قال النووي: «ولو عاد الفسق دون التبذير لم يعد الحجر قطعاً». انظر: روضة الطالبين (٤/ ١٨٢)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥١٧).
(٣) انظر: المصادر الفقهية السابقة.
(٤) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٢٠)، وتفسير القرطبي (٥/ ٣٤).

فيما لا يعود عليه نفعه وكان اختبار هذا قريباً، وإن كان مما يصان عن الأسواق كان اختباره أبعد قليلاً من اختبار الذي قبله ويدفع إلى المولى عليه نفقة شهر، فإن أحسن إنفاقها على نفسه، وأحسن شراء ما يحتاج إليه منها مع النفقة اختبر بشيء يدفع إليه، فإذا أونس منه توفير له وعقل يعرف به حسن النظر لنفسه في إبقاء ماله دفع إليه ماله، واختبار المرأة مع علم صلاحها بقلة مخالطتها في البيع والشراء أبعد من هذا قليلاً فتختبرها النساء، وذوو المحارم بها بمثل ما وصفنا . . .»[1].

فعلى ضوء القرآن الكريم والإجماع[2] لا تعطى الأموال للصبي للحفظ والرعاية كاملة إلَّا بعد تحقق الأمرين: البلوغ والرشد.

وقد رأينا أنَّ الفقهاء قد حددوا للبلوغ سنًّا معينة غير أنَّهم لم يحددوا سنًّا معينة للرشد بل وضعوا له معياراً موضوعيًّا شخصيًّا ينظر فيه إلى الظروف والبيئة . . .

وقد خالف في ذلك النخعي وأبو حنيفة وزفر حيث حددوا حدًّا أقصى للرشد وهو السن الخامسة والعشرون، فقد ذهبوا إلى أنَّ الصبي إذا بلغ ولم يتبين منه الرشد يبقى محجوراً عليه إلى أن تبلغ سنّه خمساً وعشرين، فإذا بلغها وهو عاقل فلا حجر عليه[3]، ولم يرد بهذا التحديد دليل يمكن أن ينهض حجة على دعواهم هذه[4].

فالمعيار في الرشد هو الصلاح في ماله بالقدرة على حفظه، ورعايته، وإدارته، وتنميته، مع حسن القيام به عند الأكثرين أو مع صلاح الدِّين عند البعض.

---

(١) الأم للشافعي (٣/ ١٩٢)، وأحكام القرآن للشافعي (١/ ٨٦، ١٤٠)، ومختصر البويطي، مخطوطة الدار (ص٢٤٦).
(٢) المصادر الفقهية السابقة.
(٣) انظر: شرح العناية مع تكملة فتح القدير (٧/ ٣١٤ ـ ٣٢٣)، وتفسير القرطبي (٥/ ٣٨).
(٤) المحلى (٩/ ١٧٣).

ولا شكّ أنه تؤخذ بنظر الاعتبار الظروف الاجتماعية للشخص، والبيئة، فكلما كانت الحياة الاجتماعية ساذجة غير معقدة لم تتشعب فيها أبواب الرزق، ولم تختلف فيها طرق المعيشة... كلما كانت أمور تدبير المال وتداولها سهلاً سائغاً يستطيع الشخص القيام بها دون صعوبة كثيرة وعناء شديد، كما أنَّ طبيعة عمل الأسرة تشكل جزءاً ليس هيناً في عملية تسهيل تحقيق الرشد، أو تعقيده، فليس من الغرابة أن ينال الفتى رشده في الخامسة عشرة من عمره، أو أن يتأخَّر عنها، بل أن لا يتحقق له أبداً، فقد روى مسلم في صحيحه وأحمد والبيهقي: «أن نجدة كتب إلى ابن عباس يسأله: متى ينقضي يُتْمُ اليتيم؟... فكتب إليه ابن عباس:... فلعمري إنَّ الرجل لتنبت لحيته، وإنَّه لضعيف الأخذ لنفسه، ضعيف العطاء منها، فإذا أخذ لنفسه من صالح ما يأخذ الناس فقد ذهب عنه اليتم...»[1].

فالغاية من عملية الاختبار هو الوصول إلى الظن الغالب بأنَّ الصبي قد أصبحت لديه القدرة على حفظ أمواله، وتنميتها، وعدم الإفراط فيها، وقد اختلفوا في وقت الاختبار فقال بعضهم: يكون قبل البلوغ، وقال الآخرون: بعد البلوغ[2].

وأيًّا كان، فإنَّ المال لا يدفع إليه بالاتفاق للحفظ والرعاية إلَّا بعد تحقق الأمرين، كما اتفقوا على أنَّه إذا بلغ وأونس منه الرشد دفع ماله إليه[3].

---

(١) انظر: صحيح مسلم، كتاب الجهاد (٣/ ١٤٤٤)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٥٤)، ومسند أحمد (١/ ٢٤٩، ٢٩٤).

(٢) المنهاج مع شرح المحلي عليه (٢/ ٣٠١)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥١٨)، والمصادر السابقة.

(٣) انظر: رحمة الأمة (ص١٥٤)، واختلاف المذاهب للوزير ابن هبيرة، مخطوطة مكتبة البلدية بالإسكندرية ورقة (٩٠).

عدم التفرقة بين الذكر والأنثى في الرشد:

ولا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى.

غير أنَّ مالكاً في المشهور عنه[1]، وأحمد في رواية أبي طالب عنه[2] قد فرَّقا بينهما.

فقال أحمد في هذه الرواية عنه: لا يدفع إلى الجارية مالها بعد بلوغها حتى تتزوج وتلد، أو تمضي عليها سنة في بيت الزوج، روي ذلك عن عمر، وبه قال شريح والشعبي، وإسحاق.

وذهب مالك في المشهور عنه إلى أنَّ الصغيرة، إما أن يكون لها أب، أو وصي، أو لا.

فإن كان لها أب فلا يزول عنها الحجر إلَّا بعد تحقق أربعة أمور، وهي: بلوغها، وحسن تصرفها، وشهادة العدول بذلك، ودخول الزوج بها.

وأما ذات الوصي فلا ينفك الحجر عنها إلَّا بعد تحقُّق هذه الأمور الأربعة مع فك الوصي عنها. لكن للأب ترشيدها إذا بلغت قبل الدخول، وبعده، وللوصي ترشيدها بعده، بأن يقول لها: رشدتك ورفعت الحجر عنك.

ثمَّ إنَّ مالكاً لم يذكر أي تحديد للمدة اللازمة بعد دخول زوجها بها، غير أنَّ أصحابه قد قيدوه بخمسة أعوام، أو بستة، أو بسبعة في ذات الأب، وجعلوه في اليتيمة التي لا أب لها ولا وصي لها عاماً واحداً بعد الدخول، وجعلوه في المولى عليها مؤيداً حتى يثبت رشدها[3].

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل (٥/ ٢٩٦)، والشرح الكبير ـ مع حاشية الدسوقي ـ (٣/ ٢٩٨)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٨١)، والقوانين الفقهية (ص٢٧٥)، وتفسير القرطبي (٥/ ٢٣٨)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٢١).

(٢) المغني لابن قدامة (٤/ ٥١٢)، ونقل عن القاضي: «أنَّه يدفع إليها أموالها إذا عنست وبرزت للرجال أي كبرت».

(٣) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٢١)، والمصادر السابقة.

قال ابن رشد: وأمَّا أقوال أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس[1]، وقال القرطبي: «وليس في هذا دليل»[2].

وإن لم يكن لها أب ولا وصي ـ وتسمَّى باليتيمة المهملة ـ ففيها قولان في مذهب مالك: أحدهما: أنَّ تصرفاتها جائزة إذا بلغت المحيض. والثاني: أنَّ أفعالها مردودة ما لم تتزوج أو تعنس على المشهور[3].

وأمَّا إذا لم تتزوج البالغة فتبقى محجورة إلى أن تعنس أو يحكم برشدها أبوها أو وصيها[4].

وحجة مالك ومن معه في ذلك ما روي عن شريح قال: «عهد إليَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولاً، أو تلد ولداً»[5].

ومن جهة العقل والمعنى أنَّ المرأة تختلف عن الرجل، فهي حينما تكون في بيت أبيها تكون بعيدة من التعامل حيث لا تعاين الأمور، ولا تظهر كثيراً لكونها بكراً تستحي فلا تكون عندها الخبرة الكافية للتعامل، والخدمة في التصرُّفات، ولذلك يحتاط في أموالها ويؤخر رشدها لحين زواجها ودخول الزوج بها وممارسة الحياة الزوجية وتفتح عيونها على الدنيا حفاظاً لأموالها من الضياع والتصرف فيها تصرُّفاً مخلًّا بها[6].

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٢٨١).

(٢) تفسير القرطبي (٥/ ٣٩).

(٣) المصادر السابقة. وحد التعنيس قد اختلف فيه من دون الثلاثين إلى الستين. انظر: بداية المجتهد (٢/ ٢٨٣).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ٢٨٢)، والشرح الكبير ـ مع حاشية الدسوقي ـ (٣/ ٢٩٨).

(٥) قال ابن قدامة في المغني (٤/ ٥١٢): رواه سعيد في سننه.

(٦) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٢١).

غير أنَّ هذه الحجة لا يمكن لها أن تصمد أمام أدلة جماهير العلماء في أنَّ المرأة لا تختلف عن الرجل في قضية تحقق رشدها، حيث إنَّ معيار رشدها كالرجل هو تحقق البلوغ وإصلاح المال عند الجمهور، أو مع صلاح الدِّين عند الشافعية والظاهرية، وذلك لأن النصوص الشرعية لم تفرق بين الذكر والأنثى بل علقت دفع الأموال إلى اليتامى الشاملة للذكر والأنثى بالبلوغ والرشد[1].

والإمام مالك نفسه قد فسر الرشد بتثمير المال وإصلاحه فقط[2]، واللغة والآثار الكثيرة عن أعلام المفسرين كلها تدل على هذا المنحى، فمن أين أتت هذه الزيادة في الأنثى؟! ثمَّ إن ما روي عن عمر لا يدل على دعوى مالك ومن معه، قال ابن قدامة: «وأثر عمر إن صح مختص بمنع العطية، فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها إليها، ومنعها من سائر التصرفات، ومالك لم يعمل به...»[3].

ثمَّ إنَّ قول مالك في التفرقة بين الرجل والمرأة في الخبرة والتجارب لا يستلزم منه اشتراط دخول الزوج بها، فالخبرة إنَّما تحصل نتيجة الممارسة والاطلاع سواء تزوجت أم لا.

ولذلك نرى الإمام القرطبي ـ وهو مالكي المذهب ـ يرجح مذهب الجمهور قائلاً: «وما قاله الشافعي أصوب، فإنَّ نفس الوطء بإدخال حشفة لا يزيدها في رشدها إذا كانت عارفة بجميع أمورها ومقاصدها، غير مبذرة لمالها»[4].

---

(١) مثل قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ...﴾ [النساء: ٦].

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٢٨١).

(٣) المغني لابن قدامة (٤/ ٥١٣).

(٤) تفسير القرطبي (٥/ ٣٨).

وكذلك إذا لم تكن عارفة بأمورها فهل يجعلها مجرد الدخول بها عالمة خبيرة رشيدة؟! قال الشافعي: «فإذا عرف منها صلاح دفع إليها اليسير منه، فإن هي أصلحته دفع إليها مالها نكحت أو لم تنكح، لا يزيد في رشدها، ولا ينقص منه النكاح، ولا تركه، كما لا يزيد في رشد الغلام ولا ينقص منه»(١).

فهذا هو المعيار الصحيح عند جماهير العلماء.

وإذا كان مالك قد نظر إلى رعاية أموالها وحفظها من الضياع، فإنَّ الجمهور قالوا: إنَّ المال لا يدفع إليها إلَّا بعد التحقق من كمال صلاحيتها لرعايته وتنميته واستثماره، فالخوف من ضياع مالها كالخوف على ضياع مال الذكر؛ لأنَّ المعيار في الاثنين واحد وهو إصلاح المال.

والذي يظهر لي أنَّ الخلاف في هذا خلاف لفظي وخلاف عصر ومكان، لا خلاف حجة وبرهان، فالذي يستشف لنا من خلاف تعليل مالك أنَّ نظرته في هذه المسألة ليست نابعة عن عدم أهلية المرأة أو الانتقاص من قيمتها وشأنها، بل من باب الاحتياط، ومراعاة ظروف البيئة السائدة، ولا سيما المدينة المنورة التي كان يقطنها، بدليل أنَّ الإمام مالكاً يعلل لدعواه تلك بأنَّ البالغة في بيت أبيها لا تعاين الأمور ولا تظهر لأجل حياء البكارة، لكن بالزواج والدخول بها تتغير من حال إلى حال آخر نتيجة الاتصال بالرجال(٢).

وممَّا يؤيِّد اتِّجاهي هذا أنَّ الإمام مالكاً يرى أنَّ الولي له الحق في ترشيدها قبل الدخول وبعده(٣)؛ أي: إذا رأى الولي أنَّها قد بلغت رشيدة

---

(١) الأم للإمام الشافعي (٣/ ١٩٢). وقال: «فالرجل والمرأة سواء... والقرآن يدل على خلافه ـ أي: خلاف التفرقة ـ ثمَّ السنة، ثم الأثر، ثمَّ المعقول...».
(٢) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٢١)، والمصادر السابقة.
(٣) الشرح الكبير ـ مع حاشية الدسوقي ـ (٣/ ٢٩٨)، وشرح الخرشي (٥/ ٢٩٦).

عارفة بأمورها تستطيع إصلاح أموالها يقول لها: رشدتك ورفعت الحجر عنك، وبذلك يرتفع الحجر عنها، وتصير تصرفاتها ماضية دون الحاجة إلى النكاح أو الشهود[1].

كما إنَّ الإمام مالكاً يرى في أحد قوليه أن اليتيمة المهملة إذا بلغت المحيض تعتبر تصرفاتها جائزة، وما ذلك إلَّا لأن اليتيمة المهملة يكون لها اختلاط واتصال، وخبرة دون الصغيرة ذات الولي[2].

لكن نظرة الأئمة الآخرين إلى النصوص الكثيرة من الآيات والأحاديث التي لم تفرق بين الذكر والأنثى، بل علقت دفع الأموال بالبلوغ والرشد، كما إنَّ إصلاح المال باعتباره معياراً نسبيًّا قد تلافى فيه كل مظاهر الخوف من التفريط بأموال الأنثى؛ لأنه إذا لم يتحقق الصلاح في المال فلا يعطى إليها كاملاً، وهذا هو الراجح.

استقلال ذمة الزوجة:

ومما يتصل بقضية المرأة خلاف آخر ـ بين مالك وأحمد في رواية، وبين جماهير الفقهاء ـ بخصوص تبرُّعات المرأة صاحبة الزوج، مع اتِّفاق الجميع على ذمتها المستقلة وعدم التداخل بين مالها ومال زوجها[3].

حيث ذهب الجماهير إلى أنَّ المرأة إذا بلغت رشيدة فهي كالرجل فلها التصرُّف في أموالها بالتبرُّع والمعاوضة، سواء كان لها زوج أم لا.

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٩٨).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٢٨١)، والمصادر السابقة.

(٣) وذلك لأنَّ الله تعالى أضاف أموالها إليها ولم يبح لزوجها أن يأكل منها شيئاً إلَّا بطيب نفسها.
انظر: تفسير القرطبي (٥/ ٢٣)، وفتح القدير (٢/ ٤٤٠)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٨٢)، والروضة (٧/ ٣١٦)، وحاشية الروض المربع (٦/ ٣٨٠)، والمحلى لابن حزم (١١/ ١١٩).

وذهب مالك[1]**، وأحمد في إحدى روايتيه**[2] إلى: أنَّ المرأة المتزوجة الرشيدة ليس لها أن تتبرع من مالها بأكثر من الثلث بغير إذن زوجها.

وقد استُدِلّ لهما على ذلك بحديثين والقياس.

أمَّا الحديثان، فأوَّلهما: هو ما رواه ابن ماجه بسنده أنَّ امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها، فقالت: إني تصدقت بهذا، فقال لها رسول الله ﷺ: «لا يجوز للمرأة في مالها إلَّا بإذن زوجها، فهل استأذنت كعباً؟»، قالت: نعم، فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب... فقال: «هل أذنت لخيرة ـ اسم لزوجته ـ أن تتصدق بحليها؟» فقال: نعم، فقبله رسول الله منها[3].

وثانيهما: ما رواه ابن ماجه أيضاً بسنده عن طريق عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص عن أبيه، عن جده أن رسول الله ﷺ قال في خطبةٍ خَطَبَها: «لا يجوز لامرأة في مالها إلَّا بإذن زوجها، إذا هو ملك عصمتها»[4].

وأما القياس: فهو قياس المرأة ذات الزوج على المريض مرض الموت، بجامع تعلق حق الزوج بمالها كما تعلق حق الورثة بماله، وذلك لأنَّ العادة أنَّ الزوج يزيد في مهرها لأجل مالها، وينبسط فيه وينتفع به، فإذا أعسر بالنفقة أنظرته فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض[5]. وقد أشار النبي ﷺ إلى أنَّ المرأة تنكح لأربع وذكر منها مالها[6].

---

(١) تفسير القرطبي (٥/ ٣٨).

(٢) المغني لابن قدامة (٤/ ٥١٣).

(٣) سنن ابن ماجه، كتاب الهبات (٢/ ٧٩٨)، رقم الحديث (٢٣٨٩)، ورواه النسائي بدون لفظ: «في مالها»، وهو محل الشاهد. انظر: سنن النسائي، كتاب الزكاة (٥/ ٤٩).

(٤) رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الهبات (٢/ ٧٩٨).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٥١٤).

(٦) انظر: صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ، كتاب النكاح (٩/ ١٣٢).

وقد ناقش الجمهور الأدلة السابقة بما يأتي:

أوَّلاً: إنَّ الحديثين السَّابقين ضعيفان:

أمَّا أولهما فلوجود «يحيى...» في سنده، وهو كما قال الحافظ الهيثمي: «غير معروف من أولاد كعب فالإسناد ضعيف»[1].

وأمَّا الحديث الثاني فهو من رواية «عمرو بن شعيب»، وهو مختلف الاحتجاج به، فقال ابن قطان: «هو واه»، وقال أحمد: «له أشياء مناكير، وإنما يكتب حديثه لنعتبر به، فأما أن يكون حجة فلا»، كما وثقه كثيرون، منهم ابن معين وابن المديني، لكن قال ابن معين: «إذا حدَّث عن جده فهو كتاب فمن هنا جاء ضعفه»، وبنحوه قال الحافظ أبو زرعة حيث قال: «روى عن الثقات، وإنَّما أنكروا عليه كثرة روايته عن أبيه عن جده، وإنَّما سمع أحاديث كثيرة وأخذ صحيفة كانت عنده فرواها»[2]. وبالإضافة إلى هذا، فإنَّ بعض علماء الجرح والتعديل قالوا: إنَّ روايته عن أبيه عن جده محمد عن رسول الله ﷺ مرسلة، وليست متصلة؛ لأنَّ جده محمداً لم يكن صحابيًّا. بل قال الإمام البخاري في ترجمة شعيب: «أما رواية شعيب عن أبيه محمد بن عبد الله فما علمتها صحت، فإن محمداً قديم الوفاة وكأنَّه مات شابًّا»[3]. وإن أريد بالجد لعمرو: الجد الأعلى، وهو عبد الله، فإنَّ بعضهم قد أنكر سماع شعيب عن جده الأعلى، لكن كما قال النووي: «وهذا إنكار ضعيف، وأثبت الدارقطني وغيره من الأئمة سماع شعيب عن جده عبد الله»[4]. ولهذا روى البخاري عنه عن أبيه عن جده مرفوعاً في التاريخ

---

(١) نقلاً عن التعليق المسند إلى الهيثمي المطبوع مع سنن ابن ماجه (٢/ ٧٩٨).

(٢) انظر هذه الأقوال في: ميزان الاعتدال (٣/ ٢٦٣ ـ ٢٦٥)، وتهذيب الأسماء (٢/ ٢٨).

(٣) ميزان الاعتدال (٣/ ٢٦٣ ـ ٢٦٥)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥١٤).

(٤) تهذيب الأسماء (٢/ ٢٩).

الصغير[١]. ولو سلم ذلك، فإنَّ في سنده المثنى بن الصباح وهو متروك كما قال النسائي، وقال أحمد: لا يسوى حديثه شيئاً[٢]. فعلى هذا، فالحديث ضعيف جدًّا لا ينهض أن يكون حجة، ولهذا قال الشافعي: «هذا الحديث ليس بثابت. . . والقرآن يدل على خلافه»[٣]، ثمَّ هذا الحديث قد رواه النسائي عن عمرو بن شعيب بسند آخر ليس فيه المثنى بلفظ قريب من اللفظ الذي أوردناه، لكنه ليس فيه: «في مالها» بل بلفظ يشعر بأن ذلك في مال زوجها وهو: «لا يجوز لامرأة عطية إلَّا بإذن زوجها»[٤]. ثمَّ إنَّه ليس في الحديثين أي تقييد بالثلث، فمن أين أتى هذا التقييد[٥].

ثانياً: وأما قياس الزوجة على المريض فقياس فاسد ومع الفارق[٦]، وذلك مِن عدَّة وجوه:

الوجه الأول: أن المرض سبب يفضي إلى وصول المال إلى الورثة، ولذلك إذا لم يفض إلى الموت لا يقيد تصرف صاحبه بأي قيد، بخلاف الزوجية، فإنَّها تجعل الزوج من أهل الميراث، فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردها، كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها، ولا لسائر الورثة بدون مرض.

والوجه الثاني: أن تبرع المريض موقوف، فإن برىء من مرضه صح تبرعه، ولكن تبرع المرأة موقوف على إذن الزوج فيما زاد عن الثلث مطلقاً ودائماً، مع أنَّ الفرع لا يمكن أن يزيد على أصله في الحكم؛ لأنَّ من شروط

---

(١) التاريخ الصغير، د. دار التراث القاهرة (١/ ٢٣٨).

(٢) ميزان الاعتدال (٣/ ٤٣٥).

(٣) مختصر البويطي (ص٢٤٦)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٦٠، ٦١).

(٤) سنن النسائي، كتاب الزكاة (٥/ ٤٩).

(٥) المحلى لابن حزم (٩/ ٢٣٤).

(٦) المغني لابن قدامة (٤/ ٥١٤، ٥١٥)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٢٣٠).

القياس أن يكون حكم الفرع مثل حكم الأصل[١].

الوجه الثالث: أنَّ ما ذكروه منتقض بمال زوجها، بل إنَّها يجوز لها أن تتصدَّق بشيء يسير من مال زوجها بدون إذنه، حتى عند مالك[٢] وأحمد[٣]، مع أنَّ أحداً لا يقول بتقييد الزوج في التبرعات بإذن زوجته.

وبعبارة أخرى: إنَّه يلزم على قول مالك ومن معه «أن تقيد تصرفات الزوج بالتبرع على إذن الزوجة، مع أنَّه لم يقل به أحد، وذلك لأنَّها تنبسط وتنتفع بماله أكثر مما ينتفع بمالها بدليل أنَّ لها حقّ التصدُّق بشيء يسير من ماله دون إذنه[٤].

بالإضافة إلى أنَّ ذمة الزوج لا تخلو من حق لها في ماله ـ من وجوب الصداق والنفقة اللازمة عليه ـ يوماً بيوم وشهراً بشهر، بل في كل ساعة، مع أنَّ الفقهاء متفقون على أنَّ الزوج لا يجوز له التمتع بمال زوجته إلَّا بإذنها وطيب نفسها[٥] لقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[٦].

قال ابن حزم: «وأما قول مالك ـ أي: في المسألتين ـ فما نعلم له متعلقاً لا في القرآن، ولا في السنن، ولا من رواية سقيمة، ولا من قول صاحب، ولا تابع، ولا أحد قبله نعلمه إلَّا رواية عن عمر بن عبد العزيز قد صح عنه خلافها»[٧].

---

(١) المغني (ص٥١٤، ٥١٥)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٢٣٠، ٢٣١).
(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٥١١، ٥١٣).
(٣) المغني لابن قدامة (٤/ ٥١٥)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٢٣٠، ٢٣١).
(٤) روى البخاري في صحيحه مع الفتح (٣/ ٢٩٣) هذا المعنى، حيث روى بسنده أن النبي ﷺ قال: «إذا أنفقت المرأة من طعام بيتها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت، ولزوجها أجره بما كسب». ورواه النسائي في سننه، كتاب الزكاة (٥/ ٤٩).
(٥) المحلى لابن حزم (٩/ ٢٣٤، ٢٣٥)، والمصادر السابقة.
(٦) سورة النساء: الآية ٤. وراجع: تفسير القرطبي (٥/ ٢٣).
(٧) المحلى (٩/ ٢٢٩).

الوجه الرابع: من وجوه فساد قياسها على المريض: أنَّ من شروط القياس عند القائلين به أن يكون حكم الفرع مثل حكم الأصل، إذ المساواة ضرورية في تحقق القياس[1].

وفي هذه المسألة يختلف حكم الفرع عن حكم الأصل، فالمريض مرض الموت تجمع له كل تصرفاته ثمَّ ينفذ منها الثلث، وما زاد يتوقف على إجازة الورثة، وأمَّا المرأة ذات الزوج فينفذ من كل صفقة من صفقات تبرعاتها الثلث، فقد تصل تبرعاتها حتى في حدود الثلث إلى أكثر من النصف إذا جمعت كل تبرعاتها مع أنَّها تنفذ، إذن ثبت للفرع حكم مخالف للأصل فلم يتم القياس[2].

وأما حديث: «تنكح المرأة لأربع لمالها...»، الذي استشهد به كتعضيد لمعنى القياس، فليس فيه دلالة على دعواهم؛ لأنَّ آخر الحديث يقول: «... فاظفر بذات الدين تربت يداك»[3]، فالحديث ليس فيه أي دلالة، ولا إشارة إلى تعلق حق الزوج بمالها، وإنَّما لبيان عادات الناس، ثمَّ الإرشاد إلى ما هو الأصلح.

وبعد أن تهاوت أدلة المخالفين عرَّج الجمهور نحو أدلتهم في إثبات دعواهم في عدم التفرقة بين الرجل والمرأة في جميع التصرفات المالية سواء كانت بكراً أم متزوجة، وسواء كانت ذات زوج أم أرملة، فاستدلوا بعموم الآيات والأحاديث التي لم تفرق في هذا الموضوع بينهما، بل ذكرت الآيات الكريمة المتصدِّقين مع

---

(١) انظر: المنتهى لابن الحاجب المالكي (ص١٢٣)، وتيسير التحرير (٣/ ٢٦٤)، والمستصفى (٢/ ٢٢٨)، ومسلم الثبوت (٢/ ٢٤٦).
(٢) المحلى (٩/ ٢٣٠، ٢٣١).
(٣) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٩/ ١٣٢).

المتصدِّقات[(١)] دون أي تفرقة بينهما ولا تقييد لتبرعاتها، مما يدل على أنَّ المتصدقة كالمتصدق في جميع الأحكام؛ لأنَّ العام أو المطلق يبقى على عمومه أو إطلاقه إلى أن يرد نص شرعي معتبر يخصصه، أو يقيده[(٢)].

قال الشافعي: «والنساء والرجال في هذا سواء؛ لأن اسم اليتامى يجمعهم، واسم الابتلاء يجمعهم، وأنَّ الله تعالى لم يفرق بينهما»[(٣)].

وذلك لأن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[(٤)]، خطاب عام لم يفرق بين الذكر والأنثى والأرملة وذات الزوج[(٥)]. وأكثر من ذلك، فقد بيَّن الله تعالى في كتابه الكريم أنَّ المرأة لها أن تتبرع بصداقها، وأنَّ زوجها إذا أدرك أنَّ ذلك كان عن طيب نفسها جاز له أن يقبله ويتصرف فيه: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[(٦)]، فقد نصَّت الآية على أن المرأة تعطى لها مهورها وأنَّ لها الحق في التصدُّق بها، وقال تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾[(٧)]، كما دلَّت آية أخرى على أنَّ لها الحق في الافتداء بمالها في سبيل إنجاز خلعها ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾[(٨)]، كما أنَّ لها الوصية كالرجل، قال

---

(١) يقول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْمُسْلِمِينَ وَٱلْمُسْلِمَٰتِ وَٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْقَٰنِتِينَ وَٱلْقَٰنِتَٰتِ وَٱلصَّٰدِقِينَ وَٱلصَّٰدِقَٰتِ وَٱلصَّٰبِرِينَ وَٱلصَّٰبِرَٰتِ وَٱلْخَٰشِعِينَ وَٱلْخَٰشِعَٰتِ وَٱلْمُتَصَدِّقِينَ وَٱلْمُتَصَدِّقَٰتِ وَٱلصَّٰٓئِمِينَ وَٱلصَّٰٓئِمَٰتِ وَٱلْحَٰفِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَٱلْحَٰفِظَٰتِ وَٱلذَّٰكِرِينَ ٱللَّهَ كَثِيرًا وَٱلذَّٰكِرَٰتِ أَعَدَّ ٱللَّهُ لَهُم مَّغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٣٥].

(٢) انظر: المستصفى (٢/ ٣٢، ١٨٥)، ومسلم الثبوت (١/ ٢٦٧).

(٣) الأم (٣/ ١٩٤).

(٤) سورة النساء: الآية ٦.

(٥) تفسير القرطبي (٥/ ٣٦).

(٦) سورة النساء: الآية ٤. وراجع: تفسير القرطبي (٥/ ٢٣).

(٧) سورة البقرة: الآية ٢٣٧.

(٨) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۚ﴾[1].

وأمَّا السُّنَّة المشرّفة فقد جسدت فكرة المساواة بين الرجل والمرأة في التصرفات والعقود، فقد روى البخاري ومسلم في صحيحيهما أنَّ النبي ﷺ قال: «يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن»[2].

وقد استجابت النساء لنداء الرسول ﷺ فتصدقن للجهاد ونشر الدعوة بكل ما لديهن، وقبل ﷺ صدقاتهن دون أن يسأل عن إذن أزواجهنَّ.

كما روى البخاري ومسلم أن زوجة عبد الله بن مسعود وامرأة أخرى من الأنصار قد سألتا رسول الله ﷺ: هل يجزيهما أن تتصدقا على زوجيهما وأيتام لهما؟ فقال رسول الله ﷺ: «لهما أجران: أجرالقرابة، وأجر الصدقة»[3].

كما رووا بسندهم أنَّ ميمونة بنت الحارث زوجة النبي ﷺ قد أعتقت جارية لها ولم تستأذنه، فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه قالت: أشعرت يا رسول الله أنِّي قد أعتقت وليدتي فلانة؟ قال: «أوفعلت»؟ قالت: نعم. قال: «أما أنَّه لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك»[4]. وأكثر من ذلك فقد روى ابن حزم عن طريق مسلم أن أسماء بنت أبي بكر الصديق قد أعطاها النبي ﷺ جارية لخدمتها، ثمَّ باعتها قالت: ودخل عليَّ الزبير وثمنها في حجري، فقال: هبيها إليَّ، قالت: أنَّى؟ ولكن تصدقت بها[5].

---

(١) سورة النساء: الآية ١٢.

(٢) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الزكاة (٣/ ٣٢٨)، ومسلم، كتاب الزكاة (٢/ ٦٩٤ ـ ٦٩٦). وراجع: نيل الأوطار (٥/ ٢٣٤).

(٣) صحيح البخاري مع الفتح (٣/ ٣٢٨)، وصحيح مسلم، كتاب الزكاة (٢/ ٦٩٤).

(٤) انظر: صحيح مسلم، كتاب الزكاة (٢/ ٦٩٤)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٥٩).

(٥) المحلى لابن حزم (٩/ ٢٢٧).

وفي رواية لمسلم أنها جاءت النبي ﷺ فقالت: يا نبي الله ليس لي شيء إلَّا ما أدخل على الزبير، فهل علي جناح أن أرضخ ـ أي: أتصدق بشيء ـ مما يدخل علي؟ فقال: ارضخي ما استطعت...»[1].

قال ابن حزم: «وأسماء بنت الصديق أنفذت الصدقة بثمن خادمها، وبيعها بغير إذن زوجها.

ولعلها لم تكن تملك شيئاً غيرها، أو كان أكثر ما معها»[2]. فلو كان الإذن شرطاً في تبرعاتها لما أقدمت عليها دون إذن زوجها.

والأحاديث في ذلك متظافرة، وتطبيقات الصحابيات والتابعيات في الصدقات بأكثر أموالهنَّ، بل بجميعها أكثر من أن تحصى[3].

فقد روى ابن حزم وغيره آثاراً عن عمر بن الخطاب وأنس بن مالك وأبي هريرة وأبي موسى الأشعري والزبير وأسماء بنت أبي بكر وغيرهم، وعن عمر بن عبد العزيز والنخعي وشريح وعطاء وطاوس ومجاهد والحسن وابن سيرين تدل على أنَّ المرأة إذا لم تكن سفيهة يجوز لها أن تعطي من مالها بغير إذن زوجها[4].

هذه هي المراحل السنية ـ الطبيعية ـ للإنسان حيث يكون جنيناً فتتكون له أهليّة الوجوب ثمَّ يلد، فتكتمل له، ثمَّ ينمو إلى أن يميز فتتم له أهلية الأداء الناقصة، وحينئذ يصبح صاحب رضاً ناقص، ثمَّ يبدأ في النضج والاكتمال إلى أن يبلغ رشيداً فتتحقق له أهلية الأداء الكاملة، فيصبح ذا رضاً كامل.

---

(١) انظر: صحيح مسلم (٢/ ٧١٣، ٧١٤)، وسنن النسائي (٥/ ٥٥).

(٢) المحلى (٩/ ٢٢٦، ٢٢٧).

(٣) راجع: السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٥٩، ٦٠)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٢٢٧، ٢٢٨)، ومختصر البويطي (ص٢٤٦، ٢٤٧)، والأم (٣/ ١٩٢، ١٩٣).

(٤) المحلى لابن حزم (٩/ ٢٢٦)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥١٤)، والمصادر السابقة.

العوارض في المتعاقدين وأثرها على صحة العقد:

تستمرّ أهليّة الأداء الكاملة مع الإنسان الرشيد إلى أن يموت، إلَّا إذا تعرض لأمور وعوارض سماوية، أو مكتسبة تؤثر فيها ـ أي: الأهلية ـ بالإعدام، أو بالإضعاف، فحينئذ قد ينعدم الرضا تماماً فلا يبقى له أثر، وقد ينتقص فيضعف بحيث يكون أثره محموداً.

وتلك العوارض هي: **الجنون، والإغماء، والنوم، والعته، والسفه، والسكر**[1].

وقد اتَّفق الأصوليون والفقهاء[2] على أنَّ **المجنون**[3]، **والغافل،**

---

(١) وهناك بعض عوارض أخرى لا يقتضي بحثنا أن نذكره، لعدم تعلق فائدة كثيرة به، أو أن الخطة تقتضي عدم ذكره هنا. فراجع تفصيل ذلك في: كشف الأسرار مع أصول البزدوي (٤/ ٢٣٧ ـ ٢٧٦)، والمغني في أصول الفقه للخبازي (ص٣٦٢)، والتلويح على التوضيح (٢/ ٣٣٣).

(٢) تقويم أصول الفقه للدبوسي، مخطوطة الدار (٢٥٥ أصول الفقه) (ص١٠٣)، وأصول السرخسي (٢/ ٣٣٣)،ومرآة الأصول لمنلا خسرو مع حاشية الأزميري (٢/ ٢٣٩)، وكشف الأسرار مع أصول البزدوي (٤/ ٢٦٤ ـ ٢٦٩)، والمغني في أصول الفقه (ص٣٧٠)، والتلويح على التوضيح (٢/ ٣٣٣)، وحاشية التحقيق للبخاري، مخطوطة ورقة (١٣٥ب)، وتيسير التحرير للأمير بادشاه على التحرير لابن الهمام (٢/ ٢٦٢، ٢٦٣)، ومتن تنقيح الأصول، مع تعليقات سليمان عبد الفتاح (ص١٠٦)، وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (١/ ١٤٣)، والمستصفى (١/ ٨٤)، والإبهاج للسبكي (١/ ١٥٤)، ومنتهى السول (١/ ٣٤)، وشرح البدخشي، مع شرح الإسنوي على المنهاج للبيضاوي (١/ ١٣٥)، والمحصول للرازي، ط. جامعة الإمام محمد (١/ ٤٣٧)، والإحكام للآمدي (١/ ١١٤)، والمنخول للغزالي (ص٢٨ ـ ٣٠)، ونشر البنود على مراقي السعود (١/ ٢٣)، وإرشاد الفحول للشوكاني (ص١١)، وروضة الناظر (ص٣٠).

(٣) فالجنون ينافي أهلية الأداء؛ لأنَّ الجنون يزيل العقل الذي يتحقق به التمييز، فلا يتصور فهم الخطاب والعلم به بدون العقل. =

والمغمى عليه[1]، **والنائم**[2] ليسوا أهلاً للأداء، لذلك لا يعتد بعباراتهم، ولا قيمة لتصرفاتهم القولية وعقودهم، وأنها في حكم العدم، لعدم التكليف وتوجه أصل الخطاب إليهم في هذه الحالات وعدم وجود أصل القصد والرضا والاختيار، ولأنَّ هذه العوارض غير مكتسبة، وقد قال الله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[3].

على أنَّ شرط التكليف: أن يكون عاقلاً فاهماً للتكليف، لأنَّ التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال[4].

وأما تصرُّفات غير هؤلاء الثلاثة فمحل خلاف ونظر، لذلك نوجز القول في التعريف والحكم ولا نتجاوز الحد المرسوم لنا، وهو مدى اعتبار تصرفاتهم القولية وعقودهم.

١ ـ العته:

العته لغة: نقص العقل أو فقده، والدهشة وغير ذلك والمعتوه المدهوش[5]. وفي الاصطلاح هو اختلال في العقل بحيث يخلط كلامه فيشبه

= انظر: كشف الأسرار (٤/ ٢٦٢)، وأصول السرخسي (٢/ ٣٣٣)، ومرآة الأصول مع حاشية الأزميري (٢/ ٤٣٨)، والمغني في أصول الفقه (ص٣٧٠)، والتلويح على التوضيح (٢/ ١٧٦)، والمصادر السابقة.

(١) الإغماء مثل النوم في فوت الاختيار وبطلان العبارة. انظر: كشف الأسرار (٤/ ٣٥١ ـ ٣٥٤)، وحاشية الأزميري على المرآة (٢/ ٤٥٤).

(٢) النوم عجز عن استعمال القدرة، ولذلك ينافي العلم والاختيار، فأوجب تأخير الأداء في الفرائض، لكن عباراته بطلت. المصادر السابقة.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٨٦. قال ابن السبكي في الإبهاج (١/ ١٥٤، ١٥٥): «إنَّ مقتضى التكليف الإتيان بالمأمور به على وجه الامتثال، وذلك لا يتصور إلَّا بالعلم، والغافل لا يعلمه».

(٤) الإحكام للآمدي (١/ ١١٤).

(٥) القاموس المحيط (٤/ ٢٨٩)، والمصباح المنير (٢/ ٤٠)، ولسان العرب مادة (عته).

مرة كلام العقلاء، ومرة كلام المجانين[1].

فالمعتوه والمجنون يتفقان في أنَّ إدراكهما غير سليم، وتقديرهما غير صحيح، لكنَّ المجنون فاقد العقل والتمييز، والمعتوه لم يفقد التمييز، فالجنون مرض يستر العقل، ويحول بينه وبين الإدراك الصحيح، ويصحبه هيجان واضطراب، وأمَّا العته فلا يكون معه الهيجان، وقد يكون معه تمييز فيكون حكمه حكم الصبي المميز في التصرفات والعقود[2]. وأما إذا لم يكن معه تمييز فهو مجنون[3].

٢ ـ السفه:

هو لغة: الخفَّة، والجهل، والحركة[4].

وفي الاصطلاح: فقد عرفه الأصوليون بعدة تعريفات نرى أنَّ أجمعها

---

(١) تقويم أصول الفقه للدبوسي (ص٩٠٤)، وكشف الأسرار (٤/ ٢٧٤)، والمغني في أصول الفقه (ص٣٧٣)، وحاشية الأزميري على مرآة الأصول (٢/ ٢٣٩)، وأصول السرخسي (٢/ ٣٣٣)، والمصادر السابقة.

(٢) حيث ذهب بعضهم إلى أن المعتوه تسقط عنه العبارات كالصبي المميز وخالف في ذلك الآخرون ـ كما سبق ـ قال أبو زيد الدبوسي: «والعتة بمنزلة الصبا بعد عقل الصبي؛ لأنَّ المعتوه هو الذي اختلط كلامه... فيكون حكمه حكم الصبي إلَّا في حق العبارات، فإنا لم نسقط به الوجوب احتياطيًّا...». انظر: تقويم الأصول للدبوسي، مخطوطة دار الكتب (ص٩٠٥).

(٣) انظر: التلويح مع التوضيح (٢/ ٣٣٧)، وكشف الأسرار (٤/ ٢٧٥)، والشيخ أبا زهرة، أصول الفقه، ط. مخيمر (ص٣٢٦)، والشيخ العدوي، المصد السابق (ص٥٢)، والمصادر السابقة. وقال أبو زيد الدبوسي في التقويم (ص٩٠٣): «الجنون والعته نوع وهو عذر عدم العقل ونقصانه».

(٤) القاموس المحيط (٤/ ٢٨٧)، والمصباح المنير (١/ ٢٩٩)، وكشاف مصطلحات الفنون (٤/ ٧٩).

هو أن السفه: خفة تعتري الإنسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب العقل والشرع[1].

فعلى هذا، فارتكاب المحظورات كشرب الخمر، والسرقة، والزنا يدخل في التعريف فيعتبر سفهاً، فيعم التعريف السفه في الدين والدنيا فيكون الفاسق سفيهاً.

غير أنَّ الفقهاء ـ عدا الشافعية[2] والظاهرية[3] ـ يقصدون بالسفه الذي يؤدي إلى الحجر على صاحبه: السفه في المال فقط. ولذلك عرَّفوه بأنَّه تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى الشرع والعقل[4].

فالسفيه ـ في اصطلاحهم ـ هو المبذِّر لماله في الأمور التي لا يتعلق بها نفع معقول، والذي لا يحسن القيام على تدبير ماله فينفقه فيما لا غرض فيه سوى إشباع ملذَّاته، مثل صرف أمواله في الملاهي، وشراء الحمامات الطيارة بثمن غال، والديك المقاتل بثمن كبير، وكالغبن الكثير في التجارة وعدم الاهتمام بها[5].

---

(١) انظر: تقويم الأدلة للدبوسي(ص٩٠٤)، وكشف الأسرار مع أصول البزدوي (٤/ ٣٧٦)، والتلويح على التوضيح (٢/ ٣٨٠، ٣٨١)، والمغني في أصول الفقه (ص٣٩٥)، وكشاف مصطلحات الفنون (٤/ ٧٩)، والتعريفات للسيد الشريف (ص٦٤)، وحاشية الروض المربع (٥/ ١٨٧).

(٢) الأم (٣/ ١٩١)، والروضة (٤/ ١٨١).

(٣) المحلى لابن حزم (٩/ ١٧٧).

(٤) بدائع الصنائع (٩/ ٤٤٦٧)، ومختصر الطحاوي، ط. دار الكتاب العربي ١٣٧٠هـ (ص٩٧)، وفتح الغفار بشرح المنار (٣/ ١١٤)، والتلويح على التوضيح (٢/ ٣٨٠)، وكشف الأسرار (٤/ ٢٧٦)، ومنابع الدقائق شرح مجامع الدقائق، لأبي سعيد الخادمي، ط. استنبول ١٣٠٨هـ (ص٢٩٥)، والمغني في أصول الفقه (ص٣٩٥)، والقوانين الفقهية (ص٢٧٤)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٧٩)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥١٦).

(٥) المصادر السابقة، وكشاف مصطلحات الفنون (٤/ ٧٩).

قال القرطبي: «السفيه هو المهلهل الرأي في المال الذي لا يحسن الأخذ لنفسه، ولا الإعطاء منها، مشبه بالثوب السفيه وهو الخفيف النسج، والبذيء اللسان يسمى سفيهاً؛ لأنه لا تكاد تتفق البذاءة إلَّا في جهال الناس وأصحاب العقول الخفيفة»[1].

وذهب الشافعية إلى أنَّ الصبي لا يعطى له المال بعد البلوغ إلَّا إذا تحقق فيه صلاح الدِّين وإصلاح المال، فعلى هذا لا يدفع المال إلى الصبي الذي بلغ وهو فاسق، لكنه لو تحقق الرشد ودفع له المال ثمَّ فسق لا يحجر عليه[2]، قال النووي في تعليل ذلك: «لأنَّ الأولين لم يحجروا على الفسقة، بخلاف الاستدامة لأنَّ الحجر كان ثابتاً فبقي»[3].

وأما إذا عاد إلى التبذير وإن كان بغير فسق فيحجر عليه بأمر القاضي، قال البيضاوي: «والسفيه: أن يعتاد صرف المال لغير غرض ديني، أو دنياوي مباح، كالتغابن الفاحش، والإنفاق في المحرمات، فإن قارنا أو أحدهما البلوغ استمر الحجر، فإن طرأ بعده ـ لا مجرد الفسق ـ يعيده القاضي»[4].

وذهب الظاهرية[5] إلى أن السفيه هو المبذر، والتبذير هو الإنفاق فيما حرمه الله تعالى وزجر عنها، قال ابن حزم: «وكل من أنفق في معصية ـ فلساً فما فوقه ـ فمردود. ونحن نفسر التبذير والإسراف. . . بالتي حرم الله تعالى وزجر عنها، ويجمعه أنَّ كل نفقة أباحها الله تعالى وأمر بها ـ كثرت أم قلَّت ـ فليست إسرافاً ولا تبذيراً. . . وكل نفقة نهى الله عنها ـ قلَّت أم كثرت ـ فهي

---

(١) تفسير القرطبي (٣/ ٣٨٥، ٣٨٦).

(٢) انظر: الأم للشافعي (٣/ ١٩١ ـ ١٩٥)، والروضة (٤/ ١٨٢)، والغاية القصوى (١/ ٥١٤).

(٣) الروضة (٤/ ١٨٢).

(٤) الغاية القصوى (١/ ٥١٤).

(٥) المحلى لابن حزم (٩/ ١٨٥).

الإسراف والتبذير، وبهذا جاءت الآثار وكل من أنفق في معصية ـ فلساً فما فوقه ـ مردود»[1].

هذا وقد اختلف الفقهاء في الحجر على السفيه ـ بعد اتفاقهم جميعاً على أن من بلغ سفيهاً لا يدفع أمواله إليه حتى تبلغ سنّه الخامسة والعشرين ـ[2]:

فذهب جمهور الفقهاء[3] ـ عدا أبي حنيفة وزفر والنخعي وابن سيرين ـ إلى إجراء الحجر عليه.

في حين ذهب أبو حنيفة ومن معه إلى أنَّ من بلغ رشيداً ثمَّ اعتراه السفه، أو بلغ عمره خمساً وعشرين سنة لا يحجر عليه لسفهه.

والذي يظهر لنا رجحانه هو رأي الجمهور لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾[4]، فهذه الآية الخامسة من سورة النساء نص في عدم إعطاء المال إلى السفيه، وهو إن اختلف في معناه، لكن القرآن جعله في مقابل الرشد، ولذلك أمر أنْ يعطي للرشيد ماله بنص الآية السادسة: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[5]، وهناك أدلة أخرى لا مجال لذكرها[6].

---

(١) المحلى (٩/ ١٧٨، ١٩٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٩/ ٤٤٦)، والمصادر السابقة.

(٣) بدائع الصنائع (٩/ ٤٤٦٩)، وشرح العناية مع تكملة فتح القدير (٧/ ٣١٤)، وشرح ابن ميارة على التحفة (٢/ ٢٠٢)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٨٠)، والروضة (٤/ ١٨٢)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥١٨).

(٤) سورة النساء: الآية ٥.

(٥) سورة النساء: الآية ٦.

(٦) يراجع لأدلة الفريقين مع المناقشة والترجيح: د. علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود (١/ ٣١٩ ـ ٣٤٢).

٣ ـ السكر:

لغة: نقيض الصحو[١]، قال الراغب الأصفهاني: (السكر: حالة تعرض بين المرء وعقله، وأكثره ما يستعمل في الشراب)[٢].

وفي اصطلاح الفقهاء: هو ستر العقل بتناول المواد السائلة، أو الجامدة التي تؤثر في العقل فيختلط كلامه، فيغلب عليه الهذيان[٣].

وقد تطرق علماء الأصول إليه في مجال التكليف حيث ذهب جمهورهم إلى أنه غير مكلف، وإن التحقيق في المسألة أن السكر إذا بلغ بصاحبه إلى حالة عدم الوعي والفهم والإدراك فإنه غير مكلف، وإذا لم يبلغ إلى هذا الحدِّ، بحيث بقي معه الفهم والتمييز فهو مكلف[٤].

وأما الفقهاء الذين يبحثون عن الفروع فقد قسموا السكر إلى نوعين:

النوع الأوَّل: سكر بغير تعد، أي بما هو حلال، كأن انغصّ بلقمة فلم يجد ماءً فوجد خمراً فشربها، فهذا لا خلاف فيه عندهم بأنه لا يؤخذ بتصرفاته ولا يترتب عليها أثر شرعي، فلو باع لم ينفذ بيعه، ولو طلق زوجته لم يقع طلاقه[٥]، ويدخل في هذا الباب ما يستعمله الأطبَّاء للتخدير الشامل

---

(١) يراجع: القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط، مادة (سكر).

(٢) المفردات في غريب القرآن للأصفهاني (ص٢٣٦).

(٣) يراجع: كشف الأسرار (٤/ ٣٥٢)، والتلويح (٢/ ٣٦٩).

(٤) يراجع: التمهيد للإسنوي (ص١١٣)، ومختصر القواعد للفيومي (ص٥٠٦)، وينظر: البرهان (ص١٠٥)، والمستصفى (١/ ٨٤)، والبحر المحيط، مخطوطة الدار، ورقة (١١١)، والمصادر السابقة، وكذلك ينظر تفصيل ذلك في: المستصفى للغزالي (١/ ٨٤)، والإحكام للآمدي (١/ ١١٥).

(٥) التمهيد للإسنوي (ص١١٣)، والمستصفى (١/ ٨٤)، والبرهان (ص١٠٥)، والإحكام للآمدي (١/ ١١٥)، ومختصر قواعد العلائي، رسالة دكتوراه (ص٥٠٦)، والبحر المحيط مخطوطة الدار (١/ ١١١).

لأجل العمليات ونحوها، ثم يتحدَّث المخدَّر أثناء تخديره، أو أثناء إفاقته بالعقود ونحوها، حيث لا عبرة بذلك كله.

النوع الثاني: السكر بمحرم، حيث اختلف في تأثيره الفقهاء.

١ ـ فذهب الحنفية والشافعية في قول إلى أن تصرفات السكران بحرام صحيحة ونافذة[(١)].

٢ ـ وذهب جماعة إلى عدم صحة تصرفاته، منهم الإمام أحمد على الرأي الصحيح الذي عاد إليه، واختاره من الحنفية الطحاوي والكرخي[(٢)]، وحكاه صاحب النهاية عن أبي يوسف وزفر، واختاره من الشافعية المزني وابن سريج وجماعة، ونقل فيه قول مرجوح للشافعي، وهذا مروي عن عثمان وابن عباس وكثير من التابعين[(٣)].

٣ ـ وذهب جماعة ـ منهم الإمام مالك ـ إلى الفرق بين نوعية تصرفاته فقالوا بوقوع طلاقه، وبعدم لزوم بيعه ونكاحه ونحوهما[(٤)]، وهذا ما عليه رأي للشافعية، قال إمام الحرمين: «الثالث من طرق أصحاب الشافعي: أنَّ

---

(١) انظر: كشف الأسرار (٤/ ٣٥٤)، وفتح القدير (٤/ ١٨٧)، ومختصر الطحاوي (ص١٩١)، والروضة للنووي (٨/ ٦٢)، ومختصر قواعد العلائي لأبي الثناء الفيومي، رسالة دكتوراه في كلية الشريعة بالأزهر للشيخ مصطفى محمود (ص٥٠٦)، وجمع الجوامع مع تشنيف المسامع والبدر الساطع (١/ ٢٠٨)، وفتح الغفار (٣/ ١٠٨).

(٢) شرح الكوكب المنير (١/ ٥١٠)، وهذا ما اختاره ابن قدامة في الروضة (ص٢٧)، والطوفي في مختصره (ص١٢)، وإعلام الموقعين (٤/ ٤٩)، والمغني لابن قدامة (٧/ ١١٤).

(٣) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ١٨)، وتفسير القرطبي (٥/ ٢٠٣)، والقوانين الفقهية لابن جزي المالكي (ص١٩٦).

(٤) المصادر السابقة جميعها.

القولين في الطلاق والعتاق والجنايات، وأمَّا بيعه وشراؤه وغيرهما من المعاوضات فلا يصح بلا خلاف»[1].

ووجهة نظر من قال بأنَّ تصرفاته نافذة هي أنَّ السكران يختلف عن المجنون لأنه متعد بسكره، قال الإمام الشافعي: «ومن شرب خمراً، أو نبيذاً فأسكره فطلق لزمه الطلاق والحدود... فإن قال قائل: فهذا مغلوب على عقله، والمريض والمجنون مغلوب على عقله؟ قيل: المريض مأجور، ومكفَّر عنه بالمرض، مرفوع عنه القلم إذا ذهب عقله، وهذا آثم مضروب على السكر غير مرفوع عنه القلم، فكيف يقاس من عليه العقاب بمن له الثواب؟»[2].

فنظرة هؤلاء في ترتيب الآثار على تصرفاته وعقوده عقابية لوحظ فيها الردع، أي يرتدع به من يريد شرب المسكر بحيث لا يقدم عليه لكي لا يطلق زوجته وهو غير عالم بما يقول، ولا يبيع ماله دون أن يدري، وأمَّا الحنفية فنظروا إلى صدور العبارة ممن هو أهل لها، وقد سبق تفصيل ذلك[3].

وأما الذين ذهبوا إلى أنَّ تصرفات السكران وعقوده غير صحيحة فقالوا: إنها تعتمد على القصد والاختيار والفهم وهو لا يتمتع به، ثمَّ ناقشوا الأدلة السابقة بأنَّ الشرع قد وضع على شرب المسكر بحرام حداً مقدراً فلا يجوز الزيادة عليه، ولا النقص منه بدون دليل، فالسكران يكفيه ردعاً الحد المقدر عليه، أما تنفيذ طلاقه وعقوده فيعتمد على الرضا والاختيار، فلا يتحول مال امرىء إلى آخر إلَّا برضاه، ولا ينفذ عقده إلَّا بقصد واختيار، والسكران فاقد الوعي فأنَّى يكون له ذلك؟

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٣٦، ٢٣٧).
(٢) الأم (٥/ ٢٣٥).
(٣) انظر الفصل الأول من هذا الباب.

قال ابن القيم: «والثابت من الصحابة الذي لا يعلم فيه خلاف بينهم أنَّه لا يقع طلاقه»[1]، فقد جمع البخاري في باب واحد طلاق المجنون والسكران فقال: «باب الطلاق في الإغلاق والمكره، والسكران والمجنون...»[2]، لقول النبي ﷺ: «الأعمال بالنية»[3]، ثم روى البخاري عن علي قال: «بقر حمزة خواصر شارفي فطفق النبي ﷺ يلوم حمزة، فإذا حمزة ثمل محمرة عيناه، ثمَّ قال حمزة: وهل أنتم إلَّا عبيد لأبي؟ فعرف النبي أنَّه ثمل فخرج وخرجنا معه».

قال الحافظ ابن حجر: وهو من أقوى أدلة من لم يؤاخذ السكران بما يقع منه في حال سكر، وإن كانت هذه الواقعة قبل تحريم الخمر[4]. قال البخاري وقال عثمان: ليس لمجنون ولا لسكران طلاق، وقال ابن عباس: طلاق السكران والمستكره ليس بجائز[5].

وهذا هو الراجح الذي يتفق مع روح الشريعة القائمة على الدقة ووضع كل شيء بمقدار، وعدم الاختلاط بين الحقوق والحدود، وهذا مذهب جماهير الصحابة والتابعين، قال الحافظ ابن حجر: «وذهب إلى عدم وقوع طلاق السكران أيضاً من التابعين عطاء وعمر بن عبد العزيز وأبو شعثاء وطاوس وعكرمة والقاسم ذكره ابن شيبة عنهم بأسانيد صحيحة، وبه قال ربيعة والليث وإسحاق والمزني واختاره الطحاوي، واحتج بأنَّهم أجمعوا على أنَّ طلاق المعتوه لا يقع، قال: والسكران معتوه بسكره»[6].

---

(١) إعلام الموقعين (٤/ ٤٨).

(٢) انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الطلاق (٩/ ٣٨٨).

(٣) الحديث متفق عليه، انظر: صحيح البخاري مع الفتح (١/ ١٢)، ومسلم (٣/ ١٥١٥).

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري (٩/ ٣٩١).

(٥) انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الطلاق (٩/ ٣٨٨).

(٦) فتح الباري (٩/ ٣٩١).

فالأساس في عدم صحة العقود هو عدم الوعي ولذلك فالفرق بين من أزيل وعيه بسبب نفسه، ومن أزيل وعيه بسبب غيره غير مسلَّم، وذلك لأنه لا تختلف أحكام فاقد العقل بين أن يكون ذهاب عقله بسبب من جهته، أو من جهة غيره، إذ لا فرق بين من عجز عن القيام في الصلاة بسبب حادثة غير متعمدة، أو من قبل نفسه كمن كسر رجل نفسه فإنَّه يسقط عنه فرض القيام.

وأما ما يقال: إنَّ السكران يجب عليه قضاء صلواته، وهذا دليل على بقاء تكليفه، فمنقوض بأنَّ النائم يجب عليه قضاء صلواته حالة النوم مع أنه بالإجماع لا يقع طلاقه حالة نومه[1].

قال ابن القيم: «ولا يعرف عن رجل من الصحابة أنه خالف عثمان وابن عباس في ذلك، ولذلك رجع الإمام أحمد إلى هذا القول بعد أن أفتى بنفوذ طلاقه، فقال أبو بكر عبد العزيز في كتاب الشافي والزاد: قال أبو عبد الله في رواية الميموني: قد كنت أقول بأنَّ طلاق السكران يجوز حتى تبينته فغلب علي أنه لا يجوز طلاقه؛ لأنَّه لو أقر لم يلزمه، ولو باع لم يجز بيعه»[2].

وكذلك نقل عن عمر بن عبد العزيز أنَّه كان يرى نفوذ طلاق السكران فجاء رجل إليه فقال: طلقت امرأتي وأنا سكران، فكان رأي عمر بن عبد العزيز أن يجلده ويفرق بينه وبين امرأته حتى حدثه إبان بن عثمان بن عفان عن أبيه أنه قال: ليس على المجنون ولا على السكران طلاق، فقال عمر: تأمرونني، وهذا يحدث عن عثمان؟ فجلده، ورد إليه امرأته[3].

---

(١) فتح الباري (٩/ ٣٩).

(٢) إعلام الموقعين (٤/ ٤٨، ٤٩).

(٣) انظر: فتح الباري (٩/ ٣٩١)، وقال الحافظ: «وروينا هذا الأثر في الجزء الرابع من تاريخ أبي زرعة الدمشقي».

قال ابن القيم: «والصحيح أنَّه لا عبرة بأقواله من طلاق ولا عتاق ولا بيع، ولا هبة، ولا وقف ولا إسلام، ولا ردة، ولا إقرار، لبضعة عشر دليلاً ليس هذا موضع ذكرها، ويكفي منها قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعۡلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾[1]، وأمر النبي ﷺ باستنكاه ماعز ـ أي: شم رائحة فمه ـ لما أقر بالزنا بين يديه ـ وذلك لمعرفة كونه سكراناً لا يعتد بإقراره حينئذ ـ وعدم أمر النبي حمزة بتجديد إسلامه لما قال في سكره: «وأنتم عبيد لآبائي»، وفتوى عثمان وابن عباس ولم يخالفهما أحد من الصحابة، والقياس الصحيح المحض على زائل العقل بدواء، أو بنج أو سكر هو فيه معذور بمقتضى قواعد الشريعة، فإن السكران لا قصد له، فهو أولى بعدم المؤاخذة من اللاغي. . .»[2].

فإذا ثبت أن السكران لا قصد له لا يترتب على عقوده شيء؛ لأنَّ القصد أساس الاختيار أيضاً وهو ركن العقد فينتفي بانتفائه، يقول الشاطبي: «فالعمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والغافل والمجنون»[3].

٤ ـ مرض الموت:

المقصود بمرض الموت هو المرض الخطير الذي لا يرجى بُرؤه ـ حسب الظاهر ـ مثل مرض السرطان، ومرض الإيدز، بحيث يتبعه الموت فعلاً، ويلحق به القتال في الصفوف المتقدمة الخطرة في الحرب، والأسر من يد من يقتل الأسير، وراكب البحر عندما تضطرب الأحوال ويظن أنه سيغرق لا محالة، وهكذا.

---

(١) سورة النساء: الآية ٤٣.
(٢) إعلام الموقعين (٤/ ٤٩).
(٣) الموافقات (٢/ ٣٢٤).

فهؤلاء المصابون بهذه الحالات ليست إرادتهم حرة ولا سليمة، ولذلك ذهب جمهور الفقهاء ما عدا الظاهرية إلى أنَّ جميع تصرفاتهم التي فيها تبرعات، أو محاباة لا تنفذ إلَّا في حدود الثلث[1].

٥ ـ المدين المفلس:

المدين المفلس هو من عليه الديون بقدر ما عنده من الأموال أو زادت عليها، حيث يحجر عليه عند جمهور الفقهاء ـ ما عدا أبا حنيفة ـ، بحكم القاضي عندما يطلب الدائنون الحجر عليه، وحينئذ يمنع من كل تصرف مالي يضر بدائنيه، فلا تنفذ تبرعاته المنجزة كالهبة والصدقة الواجبة والمندوبة، ثم تباع جميع أمواله لتوزع على دائنيه قسمة الغرماء، ثم بعد ذلك يفك الحجر عليه بحكم القاضي[2].

إثبات الأهليّة لغير الإنسان (الشخصيّة المعنويّة):

لقد اتضح مما سبق أنَّ أهلية الأداء لن تتحقق بدون قصد وتمييز، وأنهما لا يتحقَّقان إلَّا للإنسان.

---

(١) يراجع لمزيد من التفصيل والتأصيل: مبدأ الرضا في العقود من (ص٤٩٨) إلى (ص٥٤٦) من الجزء الأول.

(٢) يراجع: فتح القدير (٧/ ٣٢٤)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ١٤٧)، وتنقيح الفتاوي الحامدية (٢/ ١٤٩)، والكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٢٣)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٢٦١)، والأم (٣/ ١٧٦)، وفتح العزيز (١٠/ ١٩٩)، والغاية القصوى (١/ ٥١٤)، وتحفة المحتاج (٥/ ١١٩)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٤٥٣)، والقواعد لابن رجب (ص١٤، ٨٧، ٣١٢)، ونيل الأوطار (٦/ ٤١٥).
ويراجع لمزيد من التفصيل: مبدأ الرضا في العقود من (ص٥٤٦) إلى (ص٦٠٠) من الجزء الأول.

وهذا ما صرَّح به فقهاؤنا الكرام فقالوا: إنَّ الذمّة التي هي مناط الأهلية من خواص الإنسان التي يمتاز بها عن سائر المخلوقات[1].

غير أننا حينما نطلع على الكتب الفقهية نرى أنَّ بعض الجهات كـ «جهات بيت المال»، و «الوقف»، تثبت لها الحقوق باسمها، وتطالب بواجبات[2].

فهل معنى ذلك أنَّ لهذه الجهات ذمة وأهلية كذمة الإنسان على غرار ما أثبته القانون من الشخصية المعنوية لهذه الجهات العامة ونحوها من الشركات، والدوائر الحكومية؟

هذا ما ثار حوله جدل عنيف لدى الباحثين المعاصرين بين مثبتين ونافين.

وأمَّا الفقهاء المتقدمون فلم يتطرقوا إلى هذا الموضوع نظراً لأنَّ هذه التسمية حديثة لم تظهر كمصطلح فقهي له مدلوله الخاص إلَّا في فترة متأخرة، كما أنَّهم لم يحتاجوا إلى هذا الفرض والتقدير لأسباب لا يتَّسع المقام لذكرها هنا[3]، ولكن نمهّد لها بما وصل إليه الفقه الحديث وهو أنَّ الشخصية المعنوية التي يمنحها القانون للدولة ومؤسساتها وللهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية تعني ذمة مستقلة تعيش حياة مستقلة عن ذمم المؤسسين والمساهمين،

---

(١) كشف الأسرار (٤/ ٢٣٨)، وأصول السرخسي (٢/ ٣٣٣)، والمغني في الأصول (ص٣٦٢)، وحاشية الأزميري على مرآة الأصول لمنلا خسرو (٢/ ٤٣٤)، والمصادر السابقة في الأهلية.

(٢) فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٨)، والفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (٦/ ٢٥٤)، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٣٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٩٤، ٢٠٢)، والبحر الرائق (٥/ ٢٥٩)، وتحفة المحتاج (٦/ ٢٨٩).

(٣) ينظر في تفصيل ذلك: مبدأ الرضا في العقود (ص٣٤٩ ـ ٣٥٨).

وأهلية كاملة لاكتساب الحقوق، وأداء الواجبات في حدود الغرض الذي أنشئت لأجله[1].

ودون الخوض في التفاصيل نستطيع القول بأنه لا ريب أن الأهلية من جانبها التكليفي من خصائص الإنسان، إذ لا تكليف للجمادات والحيوانات، وإنما الأهلية من جانبها المالي من خلال إثبات ذمة مالية مستقلة للشركات والمؤسسات التي تسمى الشخصيّة الاعتبارية، أو القانونيّة، أو المعنويّة، فهذا محل بحث لدى المعاصرين، حيث توصلوا إلى الاعتراف بها وأن جذورها لدى التحقيق موجودة في فقهنا العظيم من خلال اعترافه بإثبات بعض الحقوق والالتزامات لبعض الجهات مثل الوقف، وبيت المال[2]، كما أن الفقه الإسلامي يهتم كثيراً بالاعتبارات والتقديرات التي لا حقيقة لها في الخارج مثل الملكية لأجل التنظيم الفني، والتنظير العقلي، والضبط النظري، لذلك فالاعتراف بالشخصية الاعتبارية لا تخرج عن هذا الإطار الفقهي.

الركن الثاني للعقد

الصيغة المعبرة عن الرضا؛ أي: الإيجاب والقبول

تمهيد:

نذكر في هذا التمهيد التعريف بالرضا والمصطلحات ذات العلاقة به، مثل الاختيار، والإرادة، والنيّة، بإيجاز، لنبدأ بعد ذلك بعيوب الرضا.

١ ـ تعريف الرضا:

الرضا بالألف المقصورة لغة: مصدر رضي يرضى رضا ـ بكسر الراء

---

(١) د. ثروت علي عبد الرحيم: الوجيز في القانون التجاري (ص٢٢٦)، والسنهوري: الوسيط (٥/ ١٩٦).

(٢) يراجع في تفصيل ذلك: مبدأ الرضا في العقود (١/ ٣٤٩) وما بعدها.

وضمها، ورضواناً، وهو بمعنى سرور القلب، وضد السخط والكراهية، وطيب النفس.

والرضاء بالألف الممدودة، مصدر راضى يراضي مراضاة، ورضاء الله، وقال الأخفش: اسم مصدر.

وأما التراضي فهو يقصد به رضا شخصين أي: المشاركة في الرضا[1]، حيث يقول تعالى: ﴿... إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ...﴾[2]؛ أي: تراضي الطرفين وتوافقهما[3].

٢ ـ تعريف الاختيار:

الاختيار، لغة: هو الاصطفاء والتفضيل، وترجيع شيء وتقديمه على آخر[4].

وفي الاصطلاح: القصد إلى الشيء، وترجيحه على الآخر[5].

الفرق بين الرضا والاختيار في الاصطلاح:

ثار خلاف بين الفقهاء في تحديد المعنى الاصطلاحي للرضا والاختيار، حيث ذهب الجمهور إلى أنهما بمعنى واحد وهو: القصد إلى الفعل، وتفضيله على غيره بمحض إرادته[6]، وبعبارة أخرى هو القصد المتجه نحو إنشاء التزام أو قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه[7].

---

(١) القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط، مادة (رضى).
(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.
(٣) تفسير القرطبي (٥/ ١٥٣).
(٤) القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط، مادة (خار).
(٥) كشف الأسرار (٤/ ٣٨٢).
(٦) يراجع: المفردات (ص١٦١)، مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٤٥)، وشرح الخرشي (٥/ ٩).
(٧) يراجع لمزيد من البحث والتأصيل: مبدأ الرضا في العقد (١/ ١٨٧ ـ ٢٣٨).

وذهب الحنفية إلى التفرقة بينهما فقالوا: الاختيار هو القصد إلى الشيء وإرادته، وإن الرضا هو: امتلاء الاختيار؛ أي: بلوغه نهايته، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة على الوجه، ونحوها[1] أو حسب عبارة التفتازاني وابن عابدين، والرهاوي منهم: (هو إيثار الشيء واستحسانه)[2].

وهذه التفرقة بين الرضا والاختيار عند الحنفية ليس مجرَّد اصطلاح، وإنما ترتبت عليها مجموعة من الآثار، بل إنشاء نظرية متكاملة عند الحنفية حولهما، وبالتالي توزيع العقود على ضوئهما، حيث قسموا العقود لأجل هذا إلى:

(أ) **عقود تقبل الفسخ**، وهي عقود المعاوضات المالية من بيع، وإجارة، ومزارعة، ومساقاة ونحوها، فجعلوا الرضا شرطاً لصحة هذه العقود، والاختيار ركناً لها، أو أن الاختيار هو شرط الانعقاد، وأما الرضا فهو شرط الصحة، وبالتالي فإن هذه العقود تصبح فاسدة مع وجود الإكراه ونحوه من عيوب الرضا.

(ب) **عقود لا تقبل الفسخ ـ في نظرهم ـ**: مثل عقود النكاح، والطلاق، والرجعة، والإيلاء، والفيء، والظهار، والعتاق، والعفو عن القصاص، واليمين، والنذر، فهذه العقود لا يشترط فيها الرضا حتى لصحتها، ولذلك تصح في نظرهم مع الإكراه والغلط[3].

وأمَّا الجمهور ـ من حيث المبدأ ـ **فلم يتجهوا هذا المسلك** ولم يقبلوا بهذه الآثار، فجعلوا الرضا والاختيار ـ بمعنى واحد ـ شرطاً لانعقاد جميعها

---

(١) كشف الأسرار (٤/ ٣٨٢)، ومجامع الحقائق للخادمي (ص٢٩٨).

(٢) التلويح على التوضيح (٢/ ١٩٥)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٧)، وحاشية الرهاوي على شرح المنار (ص٢٩٨).

(٣) يراجع لكل ما يتعلق بهذا الموضوع تفصيلاً وتأصيلاً: مبدأ الرضا في العقود (ص١٨٧) إلى (ص٢٣٨) من الجزء الأول، فراجعه تجد فيه ما يشفي غليلك بإذن الله تعالى.

إلَّا ما دل دليل خاص باستثنائه، وبالتالي تفسد عندهم جميع العقود بالإكراه إذا توافرت شروطه[1].

٣ ـ الإرادة:

لغة مصدر أراد، بمعنى طلب الشيء، وبمعنى القصد، والاختيار[2] وعرَّفها علماء الكلام بأنها: صفة تقتضي رجحان أحد المقدورَين على الآخر[3].

فعلى ضوء هذا، فالإرادة والاختيار والرضا عند جمهور الفقهاء واحد، وعند الحنفية تكون الإرادة بالاختيار بمعنى واحد، وحينئذ تختلف عن الرضا ـ كما سبق ـ[4].

٤ ـ النيّة:

لغة: عزم القلب على عمل[5].

وفي الاصطلاح، ثار حولها خلاف، فالذي نرى رجحانه هو أن النية ليست القصد إلى الفعل، وإنما هي الباعث من القصد إلى الفعل، أو بعبارة دقيقة فهي القصد من الفعل، أي يسأل عنها: لماذا فعلت؟ فالمصلي حينما يصلي قد قصد الصلاة، وهذه هي الإرادة والاختيار، وأما لماذا صلَّى؟ هل لله؟ أو للرياء؟ فهذه هي النية[6].

والنيّة بهذا المعنى تختلف عن القصد المجرد، وعن الرضا والاختيار،

---

(١) المصدر السابق.
(٢) القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط، مادة (راد).
(٣) شرح المواقف (٧/ ٨١)، وكشف مصطلحات الفنون (٣/ ٣٢).
(٤) يراجع: مبدأ الرضا في العقود (١/ ٩٤ ـ ١٩٧).
(٥) القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط، مادة (نوى).
(٦) يراجع: مبدأ الرضا في العقود (١/ ١٩٧) وما بعدها.

ولذلك فإن دورها مؤثر في الجوانب الدينية والأخلاقية، وفي الثواب والعقاب، كما قال الرسول ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومَن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه»[1].

أثر النيات (القصود) في العقود (والحيل):

والنية بهذا المعنى محلها القلب والباطن، وتكون بين الإنسان وربه، ونحن في العقود والمعاملات علينا بالظاهر والله يتولى السرائر، ولذلك فمن أراد بإنشاء عقد من العقود تحقيق خدمة للإسلام والمسلمين فيكون له أجر عند الله، أما إذا أراد به إيذاء أحد، أو التحايل على الشريعة فيكون آثماً بلا شكّ، ولكن هل يبطل عقده بهذه النية، أو ذلك القصد؟

هذا ما ثار فيه خلاف بين الفقهاء بين موسع ومضيق، ويعبرون عنه بأثر القصود في العقود، والأولى التعبير عنه بأثر النيات في العقود، ويظهر أثر ذلك في بيوع العِينة، ونكاح التحليل ـ كما سيأتي ـ .

فالرضا ـ أو الإرادة ـ في حقيقته أمر باطني غير ظاهر، وإن الذي يعبر عنه هو الوسائل: اللفظ، أو الكتابة، أو البذل والفعل (المعاطاة)، أو الإشارة، أو السكوت في بعض العقود.

فالرضا كالروح للعقد، ووسائل التعبير عن الرضا هي بمثابة الجسد، فكلاهما مطلوب.

ولذلك نتحدث أولاً عن هذه الوسائل، ثم نتحدث بعدها عن أثر القصود الباطنة عند تعارضها مع الوسائل.

---

(١) الحديث متفق عليه، صحيح البخاري مع الفتح (١/ ١٢)، مسلم (٣/ ١٥١٥)، وسنن أبي داود مع عون المعبود(٦/ ٢٨٤)، والنسائي (١/ ٥١)، وابن ماجه (٢/ ١٤١٣).

وسائل التعبير عن الرضا والإرادة

أولاً ـ الألفاظ:

هناك تفصيل كبير في دلالات الألفاظ على الرضا، سواء كانت فعلاً أم اسماً، وسواء كانت فعلاً ماضياً أم مضارعاً أم أمراً، أم اسم فاعل، أو غير ذلك وسوء كانت صريحاً أم كناية وتعريضاً، ولا يسع المجال للخوض فيها هنا[1].

والذي يظهر لنا رجحانه: هو أن أقوى الألفاظ في الدلالة على الرضا هو صيغة الفعل الماضي مثل: (بعت، واشتريت، وأجرت...)، وأن بقية الأفعال (المضارع، والأمر) وكذلك الأسماء، سواء كانت الدلالة فيهما صريحة أو كناية، إذا دلت على إنشاء العقد بذاته أو من خلال القرائن المحيطة بها، أو من العرف السائد فيها، فإنها صالحة للدلالة على الرضا، وبالتالي تصلح لأن تكون إيجاباً أو قبولاً، وذلك لأن الشريعة الإسلامية لم تشترط في ذلك ألفاظاً خاصة، وبالتالي يكون مرجعها إلى اللغة والعرف والقرائن، ولذلك قال بعض الفقهاء: إن كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع.

قال الحطاب: «ليس للإيجاب والقبول لفظ معين، وكل لفظ أو إشارة فُهِمَ منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود»[2].

ويقول ابن تيمية: «فأما التزام لفظ مخصوص فليس فيه أثر ولا نظر، فعلى هذا رجح انعقاد العقود كلها بكل ما دل على مقصودها... وبكل ما عده الناس بيعاً أو إجارة... ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات»، ثم قال: «وهذه القاعدة الخاصة الجامعة... من أن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها... هي التي تدل عليها أصول الشريعة»[3].

---

(١) يراجع لكل هذه التفاصيل لغوياً وشرعياً: مبدأ الرضا في العقود (ص٨٣٢ ـ ٩٩٤) من الجزء الثاني.

(٢) مختصر خليل مع شرحه الكبير (٣/ ٢، ٣).

(٣) القواعد النورانية (ص١٠٥ ـ ١١٠).

مدى الاعتداد بالتركيب أو بلفظ واحد فيه؟

فقد يقع في الجملة لفظان: أحدهما بمفرده يدل على عقد، والآخر يدل على عقد آخر، مثل: وهبتك هذا الثوب بدينار، فلفظ (وهبتك) يدل على عقد الهبة الذي ليس مقابل؛ أي: ليس من عقود المعاوضات، بل من عقود التبرعات، ولكن آخر الجملة (بدينار) يدل على وجود مقابل، وهذا يعني أن المقصود هو عقد البيع، وأمثال ذلك كثيرة.

وقد اختلف الفقهاء فيها فذهب الحنفية إلى أن العبرة بخلاصة الجملة المركبة ـ أي: أن المثال الذي ذكرناه يعتبر بيعاً ـ قال ابن نجيم: «الاعتبار للمعنى، لا للألفاظ، صرحوا به في مواضع، منها الكفالة فهي بشرط براءة الأصيل حوالة، وهي ـ أي: الحوالة ـ بشرط عدم براءته كفالة...»[1] وهكذا الأمر عند المالكية[2].

وأما الشافعية فلهم فيه ثلاثة آراء: رأي مثل الحنفية والمالكية، والرأي الآخر: أنه لغو، والرأي الثالث أن العبرة باللفظ الأول دون الاعتبار لما تعلق به ـ أي: أنه هبة ـ[3] والحنابلة مثل الشافعية[4].

ثانياً ـ الكتابة في العقود:

المقصود بالكتابة هنا: أن يعبر العاقد عن رضائه بالعقد عن طريق الكتابة، أو التوقيع على العقد المكتوب موجباً أو قابلاً.

وإنما يكون المكتوب دليلاً على الرضا إذا كانت الكتابة واضحة مقروءة.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٠٧).

(٢) الفروق للقرافي (١/ ٥٣)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٢/ ٢٣٠، ٣/ ٣).

(٣) الأشباه للسيوطي (ص١٨٣).

(٤) الإنصاف (٤/ ١٦١)، والقواعد النورانية (ص١١٠).

إن الكتابة في القوانين المعاصرة تحتل المرتبة الأولى، في حين أنها تحتل المرتبة الثانية ـ بعد اللفظ ـ في الفقه الإسلامي، حيث اختلف في صلاحيتها للتعبير عن الرضا.

الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

١ ـ اتجاه التوسع:

وهذا يمكن في اعتبار الكتاب كالخطاب، سواء كان بين الحاضرين أو الغائبين، وإلى هذا ذهب المالكية، والحنابلة، وبعض الشافعية، لكنهم جميعاً ما عدا وجهاً للشافعية استثنوا من هذا الحكم النكاح لخصوصيته، واشتراط الشهود فيه[١].

٢ ـ اتجاه التضييق:

وهو اتجاه الذين يقولون بعدم صلاحية الكتابة لإنشاء العقود بها إلَّا بالنسبة للعاجزين عن الكلام. وهذا مذهب الإباضية، والراجح في مذهب الإمامية، ووجه للشافعية، ورأي داخل المذهب الزيدي[٢].

٣ ـ اتجاه الوسط:

وهذا مذهب الحنفية الذين جعلوا الكتاب كالخطاب بالنسبة للغائب، دون الحاضر، غير أنهم ذهبوا إلى أن النكاح إنما يتم بالكتابة إذا أحضر

---

(١) يراجع لتفصيل ذلك: بلغة السالك (٢/ ١٧)، والدسوقي (٢/ ٣)، وشرح الخرشي (٥/ ٥)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/ ١٦٦)، وكشاف القناع (٣/ ١٤٨)، والروض المربع (٦/ ٢٤٩)، والمغني (٧/ ٢٣٩)، والمجموع (٩/ ١٦٨)، والأشباه للسيوطي (ص٣٣٤)، وفتح العزيز (٨/ ١٠٣)، والروضة (٨/ ٣٩)، والمهذب (١/ ٢٥٧).

(٢) شرائع الإسلام للحلي (٢/ ٨)، والمجموع (٩/ ١٦٧)، والروضة (٨/ ٣٩)، والبحر الزخار (٤/ ٢٦).

الجانب الثاني الشهود، وقرأ عليهم الكتاب ثم يقول: قبلت أو زوجت، أو تزوجت[1].

الأدلة والمناقشة والترجيح:

وقد استدل كل فريق على دعواه، حيث استدل المضيقون من دائرة الكتاب بأن الكتابة ليست من وسائل التعبير المعتبرة، حيث إنها تحتمل التزوير وإرادة تحسين الخط فقط، ومع هذا الاحتمال لا يثبت بها العقود التي تترتب عليها آثار كثيرة من حلٍّ وحرمة، ومن انتقال الملكية، ونحوه، بالإضافة إلى أن وسائل التعبير عن العقود جاءت جميعها بالألفاظ، ولم يشتهر في عصر النبي ﷺ إنشاء العقود بالكتابة، غير أنه يستثنى من ذلك العاجز عن النطق الذي لا يجد حيلة إلى النطق، ولا يهتدي إلَّا إلى الإشارة أو الكتابة.

ويمكن أن تناقش هذه الأدلة بأن مبناها على أن الكتابة وسيلة ضرورية ولذلك لا تصلح إلَّا للعاجز عندهم، وهذا غير مسلم؛ لأن التعبير عما في النفس كما يمكن أن يكون باللفظ يمكن أن يكون بالكتابة، كما أننا لا نسلم أن الكتابة لم تستعمل كتعبير عن العقود في عصر الرسول ﷺ فقد استعملها في رسائله مع الملوك وغيرهم للتعبير عما يريده منهم من الدخول في الإسلام[2]، ولو سلَّمنا بذلك فلا يدل عدم استعمالها في عصره على عدم جواز استعمالها، وذلك لأن مبنى هذه الدلالات على العرف، وأن الجمهور على عدم التقيد بالصيغ الواردة في الشرع ما دامت لا تصطدم مع نص شرعي، ولا دليل على منع الكتابة.

ومن جانب آخر إن ما أورده من احتمال التزوير والتقليد يتلاشى مع وجود القرائن الدالة عليه، بالإضافة إلى أن ذلك داخل في عملية الإثبات،

---

(١) الهداية مع فتح القدير وشرح العناية (٥/ ٧٩)، والفتاوى الهندية (٣/ ٩).

(٢) انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب الجهاد (٦/ ١٠٩)، ويراجع: المغني لابن قدامة (٧/ ٣٤١).

وكلامنا هنا في مدى دلالة الكتابة على الرضا[1].

وأما الاتجاه الوسط فقد استدل بالأدلة السابقة لكنهم قالوا: إن الحاجة ماسة بالنسبة للغائبين دون الحاضرين، فيترخص للغائبين دون غيرهما، فلماذا يلجأ الحاضران إليهما وهما قادران على النطق الذي هو الأقوى؟؟!

ويمكن أن يجاب عن هذا بـ: أن النزاع في الكتابة، هل تصلح للدلالة على ما في النفس أم لا؟

فإذا قلنا: نعم، فأي تقييد في حقها، وتضييق لنطاقها بما بين الغائبين لا يتفق مع هذا الجواب، ولا مع المبدأ السائد في الشريعة الغراء، القاضي بأن أساس العقود الرضا.

وأما إذا كان جوابنا بالنفي فلا بدَّ أن لا نستثني الغائبين؛ لأن التعبير عن الرضى ضروري في إنشاء العقد؛ حيث لا يتم بدونه، كما أنه لا توجد ضرورة بالنسبة للغائبين إذ يمكنهما التوكيل[2].

واستدل الموسوعون بأن الكتابة وسيلة جيدة للتعبير عن الإرادة، وأن الرسول ﷺ قد استعملها في خطاباته مع الملوك، فدعاهم إلى الدخول في الإسلام[3].

فإذا كانت الكتابة صالحة للتعبير عن نشر الدعوة، فكيف لا تكون صالحة لإنشاء العقد؟

قال الكاساني: «إن الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب، ألا ترى أن رسول الله ﷺ كان يبلغ بالخطاب مرة، وبالكتاب أخرى، وبالرسول ثالثاً؟

---

(١) المصادر السابقة، ويراجع تفصيل ذلك: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ٩٤٧).

(٢) المصادر السابقة، ويراجع تفصيل ذلك: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ٩٤٧).

(٣) صحيح البخاري مع الفتح (٦/ ١٠٩)، حيث روى بسنده أن رسول الله ﷺ كتب إلى قيصر يدعوه إلى الإسلام.

وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب؟ فدل على أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب»[١].

بل إن القرآن الكريم قدم الكتابة على الشهادة في آية الدين[٢].

وهذا هو الراجح الذي يدعمه الدليل ويتفق مع قواعد الشريعة وأصولها القاضية برفع الحرج ومبادئها الخاصة بالعقود الدالة على أن الأساس هو التراضي دون النظر إلى التقييد بأية شكلية، بالإضافة إلى أن الشرع علق حال حل أكل الأموال على التراضي فقال تعالى: ﴿... لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ...﴾[٣]، ومع ذلك لم يفصل في وسائل التعبير عنه، كما أننا لا نجد لها تحديداً دقيقاً في اللغة؛ فيناط حينئذ بالعرف، والعرف جار قديماً وحديثاً على صلاحية الكتابة للتعبير عن الرضا والإرادة، ولذلك فهي صالحة لإنشاء العقود[٤].

ثالثاً ـ البذل والفعل (المعاطاة):

تمهيد:

يقصد بالبذل لغة: السماح بالشيء، وإباحته، وإعطاؤه؛ فيقال: بذله بذلاً؛ أي: سمح به، وأعطاه، وجاد به، وأباحه عن طيب النفس[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٨١٣).

(٢) قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌۢ بِٱلْعَدْلِ...﴾ [البقرة: الآية ٢٨٢]. ويراجع: تفسير القرطبي (٣/ ٣٧٦).

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٤) يراجع: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ٩٤٨)، والمصادر الفقهية السابقة.

(٥) القاموس المحيط (٣/ ٤٤)، والمصباح المنير (١/ ٤٧). قال ابن منظور في لسان العرب (ص٢٣٨): «وكل من طابت نفسه بإعطاء شيء فهو باذل له».

فعلى هذا، فالمراد بالبذل هنا عرض المعقود عليه ـ ثمناً كان أو مثمناً ـ ودفعه لآخر، فيأخذه من غير لفظ ولا كتابة ولا إشارة، أو كان اللفظ من أحدهما والأخذ أو الإعطاء من الآخر.

وقد عدلنا عن العنوان التقليدي وهو «الفعل»؛ لأنه عام يشمل جميع الدلالات كالإشارة والكتابة، بل حتى يشمل الكلام باعتباره من فعل اللسان، فلو وضع هذا العنوان ـ أي: الفعل ـ لاشتمل على كل هذه الدلالات، ولما يبقى حينئذٍ مجال لوضع «الإشارة»، و «الكتابة» في مباحث مستقلة[1].

وقد عدنا أيضاً عن لفظ «المعاطاة» الذي اشتهر بين الفقهاء، حيث كانوا يعنونون لهذه المسألة بـ: «بيع المعاطاة»، أو «التعاطي» لثلاثة أسباب:

أولها: أن لفظ «المعاطاة» يدل لغة على الأخذ والعطاء من الطرفين وذلك بوضع المثمن، وأخذ الثمن[2]. فعلى هذا لا تكفي المعاطاة لانعقاد العقد إلَّا بعد إتمام عملية القبض من الطرفين مع أنه لا يشترط ذلك في تحقق العقد عند الرأي الراجح لدى أكثر القائلين بانعقاد العقد بالمعاطاة.

قال ابن الهمام: «واختلف في أن قبض البدلين شرط في بيع التعاطي، أو أحدهما كاف؟ والصحيح الثاني. ونص محمد رحمه الله على أن بيع

---

(١) الفعل لغة الحدث. قال الفيروزآبادي في القاموس المحيط (٣/ ٢١): «الفعل حركة الإنسان»، أي خلاف السكون. وراجع: لسان العرب لابن منظور (ص٣٤٣٨).
هذا وقد كان بالإمكان وضع هذا العنوان «الفعل كدليل على الرضا» إلَّا أن كثرة ما أثير حول الإشارة والكتابة من خلاف، وما يترتب عليهما من أحكام جعلتهما بحاجة إلى وضعهما في مبحثين مستقلين.

(٢) المعاطاة مصدر: عاطى الذي يدل على مشاركة اثنين ـ أو أكثر ـ في الفعل نفسه، والتعاطي كذلك يدل على المشاركة في العطاء أيضاً. قال الفيروزآبادي: «التعاطي: التناول،.. وعاطى الصبي أهله... ناولهم ما أرادوا...». وذكر أيضاً أن «المعاطاة هي المناولة». وذكر في فصل المناولة إنها: «الأخذ من الطرفين». انظر: القاموس المحيط (٤/ ٦٢، ٣٦٦)، مادتي: «نول»، و «العطو».

التعاطي يثبت بقبض أحد البدلين، وهذا ينتظم الثمن والمبيع، ونصه في «الجامع» على أن تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخرة»[١].

الثاني: أن كلامنا في دلالة البذل مطلقاً على الرضا سواء كان من طرف واحد، بأن كان الفعل من جانب والقول من الجانب الآخر؛ أي: بأن يكون الإيجاب بالفعل ـ وهو الإعطاء ـ والقبول من الآخر باللفظ، أو بالعكس.

وقد ذكر النووي من صور الخلاف في هذه المسألة قائلاً: «أن يعطيه درهماً أو غيره، ويأخذ منه شيئاً في مقابله ولا يوجد لفظ، أو يوجد لفظ من أحدهما دون الآخر؛ فإذا ظهر والقرينة وجود الرضا من الجانبيين حصلت المعاطاة وجرى فيها الخلاف»[٢].

في حين أن المعاطاة لا تشمل كل هذه الحالات إذا وقفنا عند معناها الحقيقي[٣]، مع أن الفقهاء المسلمين ذكروا من صورها ما يكون أحد شقي العقد لفظاً والآخر فعلاً[٤].

---

(١) فتح القدير (٥/ ٧٧)، وهكذا الأمر عند المالكية. انظر: حاشية العدوي على شرح الخرشي (٥/ ٦).

(٢) المجموع (٩/ ١٦٣).

(٣) قال ابن نجيم في البحر الرائق (٥/ ٢٩٢): «وفي القاموس: التعاطي التناول وهكذا في الصحاح، والمصباح، وهو: إنما يقتضي الإعطاء من جانب والأخذ من جانب».
وراجع: القاموس المحيط (٤/ ٤٦٦)، وحاشية العدوي على شرح الخرشي (٥/ ٦).

(٤) قال الزركشي في المنثور في القواعد (٣/ ١٨٥): «المعاطاة: أن يوجد في أحد شقي العقد لفظ من أحد المتعاقدين، ويشفعه الآخر بالفعل، أو لا يوجد لفظ أصلاً، ولكن يصدر الفعل بعد اتفاقهما على الثمن والمثمن».
غير أن بعض الحنفية صرحوا بأن المعاطاة لا تشمل عقداً تم أحد شقيه باللفظ والآخر بالفعل، قال ابن عابدين في حاشيته على الدر (٤/ ١٣): «قوله: «من غير لفظ» يفيد ما قدمناه عن الفتح من أنه لو قال: (بعتكه بألف) فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً، =

الثالث: أن معنى الإعطاء ـ وكذلك المعاطاة بين الاثنين ـ هو دفع الشيء ليأخذه الثاني بالفعل[1]، فلا يشمل وضع الشيء بين يديه دون الأخذ، في حين أن ذلك داخل أيضاً في عقود المعاطاة، ويجري الخلاف فيها.

قال العلامة المقري الفيومي: «عطا زيد درهماً: تناوله...

فإن قيل: قولهم ـ أي: الفقهاء ـ في الحالف: «والوضع بين يديه إعطاء» مخالف للوضع اللغوي، والعرفي، أما اللغوي فلأنه ليس فيه أخذ وتناول...»[2].

وأما لفظ البذل فهو لا يدل على ضرورة تحقق الأخذ والتناول بل هو شامل لكل هذه الحالات؛ لأن معناه العرض والسماح به، سواء كان أعطى المعقود عليه بالفعل، أم تعاطاه اثنان، أو وضع أحدهما بضاعته أمام صاحبه فقام الآخر بوضع ثمنه أمام الأول.

وهذه الأسباب جميعها جعلتنا نعتقد بأن العنوان المناسب لموضوعنا هو «البذل»، ونحن نبحث هنا مدى دلالته على الرضا في الفقه الإسلامي والقانون في مطلبين:

١ ــ دلالة البذل على الرضا في الفقه الإسلامي:

إن نظرة الفقهاء المسلمين إلى البذل كدليل على الرضا ليست سواء، ولا على سنن واحد:

= كان قبضه قبوله، وليس من بيع التعاطي؛ خلافاً لمن جعله منه، فإن التعاطي ليس فيه إيجاب ـ أي: باللفظ ـ بل قبض بعد معرفة الثمن».

وأما المالكية فيجعلون هذه الصورة من المعاطاة كالشافعية.

انظر: مواهب الجليل (٤/ ٢٢٩). وكذلك الأمر عند الحنابلة: كشاف القناع (٣/ ١٤٨).

(١) انظر: القاموس المحيط (٤/ ٣٦٦).

(٢) المصباح المنير (٢/ ٦٦).

فمنهم لم يعتبره كافياً في هذه الدلالة، ولا قاصراً على إنشاء العقد، إذ أن دلالته تختلف عن دلالة اللفظ الذي يفهم منه المعنى مباشرة، فاحتمال دلالته على عدم نية الإنشاء أكثر من دلالته على وجودها، إذن فلا يبلغ من القوة إلى أن يجعل سبباً لإنشاء العقود، وحل أموال الناس.

في حين أن بعضاً آخر نظر إلى أن البذل صالح لهذه الدلالة، وأنه إذا كان فيه نوع من الاحتمال لغير الإنشاء، فإن القرائن التي تحيط به تبعد هذا الاحتمال، فعلى هذا، فالبذل كالقول إن لم يكن هناك مانع من دلالته على الرضا.

وأمام هاتين النظرتين نظرة ثالثة متوسطة أخذت بنظر اعتبارها خطورة التوسع في دلالة البذل على الرضا وفي إنشاء جميع العقود به، وصعوبة سد هذا الباب، فأجازته في الأمور الهينة، ولم تجزه في الأمور النفيسة المهمة.

ومن هنا فقد توفر في الفقه الإسلامي ثلاثة آراء، فنذكرها مع أدلة كل فريق، ثم المناقشة والترجيح، مع ملاحظة أن الفقهاء اتفقوا على أن العقود الشخصية كالنكاح والطلاق لا تنعقد بالإعطاء والمعاطاة البتة[1].

---

(١) وسبب هذا الاتفاق على عدم انعقاد النكاح بالتعاطي هو خصوصية هذا العقد وخطورته في نظر الإسلام، واختلافه عن البيع في أمور كثيرة. وقد لخص القرافي في الفروق (٣/ ١٤٤) هذه الأسباب، نذكرها لأهميتها:

قال القرافي: «. . . فهذه نصوص العلماء على اختلافها لم يقل فيها أحد بالمعاطاة كما قالوه في البيع، والفرق مبني على خمس قواعد:

القاعدة الأولى: أن الإشهاد شرط في النكاح إما مقارنة للعقد كما قال الشافعي، أو قبل الدخول كما قال مالك، وعلى التقديرين فلا بد من لفظ يشهد عليه أنه تزويج، لا زنى وسفاح، والبيع لما لم يكن الإشهاد فيه شرطاً جوزوا فيه المناولة.

القاعدة الثانية: إن قاعدة الشرع: أن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه، وكثرت شروطه، وبولغ في إبعاده إلَّا لسبب قوي؛ تعظيماً لشأنه، ورفعاً لقدره. . . فالنكاح عظيم الخطر جليل المقدار؛ لأنه سبب بقاء النوع الإنساني المكرم المفضل على جميع المخلوقات، وسبب العفاف الحاسم لمادة الفساد واختلاط الأنساب، وسبب المودة والسكون وغير ذلك من المصالح، فذلك شدد الشرع فيه فاشترط: =

الرأي الأول: رأي المانعين من دلالة البذل على الرضا والقائلين بعدم صلاحيته إنشاء العقد في قليل ولا كثير، في خسيس ولا نفيس.

فهؤلاء هم الشافعية في المشهور عندهم[١] والظاهرية[٢] والإمامية في أحد أقوالهم[٣]. يقول الشيرازي معبراً عن المذهب الشافعي: «ولا ينعقد البيع إلَّا بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع؛ لأن اسم البيع لا يقع عليه»[٤]. ثم إن الرافعي والنووي ذكرا بأن هذا الرأي هو المشهور في المذهب الشافعي[٥].

= الصداق، والشهادة، والولي، وخصوص الألفاظ دون البيع.

القاعدة الثالثة: كل حكم شرعي لا بد له من سبب شرعي، وإباحة المرأة حكم، فله سبب يجب تلقيه من الشرع.

القاعدة الرابعة: الشرع قد ينصب خصوص الشيء سبباً، كالزوال ورؤية الهلال لوجوب الظهور... والنكاح عندنا من هذه القاعدة...

القاعدة الخامسة: يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة؛ لأن التحريم يعتمد المفاسد فيتعين الاحتياط له، فلا يقدم على محل فيه المفسدة إلَّا بسبب قوي يدل على زوال تلك المفسدة، أو يعارضها، ويمنع الإباحة ما فيه مفسدة بأيسر الأسباب دفعاً للمفسدة بحسب الإمكان... ولم يجز النكاح بكل لفظ، بل بما فيه قرب من مقصود النكاح؛ لأنه خروج من الحرمة إلى الحل. وجوزنا البيع بجميع الصيغ والأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك في العوضين؛ لأن الأصل في السلع الإباحة حتى تملك، بخلاف النساء: الأصل فيهن التحريم حتى يعقد عليهن بملك أو نكاح... ولعموم الحاجة للبيع...».

وراجع في هذا المعنى أيضاً: تهذيب الفروق بهامش الفروق (٣/ ١٨٠).

(١) المهذب (١/ ٢٥٧)، والمجموع (٩/ ١٦٢)، والغاية القصوى (١/ ٤٥٧)، ومختصر القواعد (ص٦٢).

(٢) المحلى لابن حزم (٩/ ٢٤).

(٣) شرائع الإسلام للحلي (٢/ ١٣)، والروضة البهية (٣/ ٢٢٢).

(٤) المهذب (١/ ٢٥٧).

(٥) المجموع (٩/ ١٦٢)، وفتح العزيز (٨/ ٩٩).

غير أنه ثار خلاف داخل المذهب الشافعي فيما جرت به العادة من الأخذ والعطاء في بعض الأشياء على ثلاثة آراء (وجوه): **أصحها عندهم**: أنه حكم المقبوض ببيع فاسد، فيطالب كل واحد منهما صاحبه بما دفعه إليه إن كان باقياً، أو بدله إن كان تالفاً.

والوجه الثاني: أن هذا إباحة لازمة لا يجوز الرجوع فيها.

والوجه الثالث: هو أن العوضين يستردان، فإن تلفا فلا مطالبة لأحدهما، ويسقط عنهما الضمان، ويتراد منهما بالتراضي السابق، وقد ألزمه المتولي بأنه إن أقمنا التراضي مقام اللفظ في الإسقاط وجب أن نقيمه مقامه في انعقاد العقد. بل ذكر ابن أبي عصرون تفريعاً على المشهور: أن البيع لا يصح بالمعاطاة أنه لا مطالبة بين الناس فيها في الدار الآخرة لوجود طيب النفس بها، ووقع الاختلاف فيها[1].

الرأي الثاني: هو صلاحية البذل للدلالة على الرضا إيجاباً، أو قبولاً أو كليهما سواء كان المعقود عليه نفيساً أو خسيساً.

وهذا مذهب الحنفية ما عدا الكرخي[2]، والمالكية[3]، والحنابلة ما عدا القاضي[4]، واختاره جماعة من أصحاب الشافعي منهم صاحب الشامل، والبغوي، والروياني وغيرهم[5].

---

(١) فتح العزيز (٨/ ١٠٠)، والمجموع (٩/ ١٦٥).

(٢) فتح القدير مع شرح العناية (٥/ ٧٧)، وبدائع الصنائع (٦/ ٢٩٨٥)، والبحر الرائق (٥/ ٢٩١)، وحاشية ابن عابدين على الدر (٤/ ٥١٣)، والفتاوي الهندية (٣/ ٩)، ومجمع الأنهر (٢/ ٢٥)، ورمز الحقائق (٣/ ٥).

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٣)، وشرح الخرشي (٥/ ٥)، وبلغة السالك (٢/ ٣٤٣)، والقوانين الفقهية (ص٢١١)، وفتح العلي المالك (٢/ ١٢٩).

(٤) المغني لابن قدامة (٣/ ٥٦١)، والإنصاف (٤/ ٢٦٣)، وحاشية الروض المربع (٤/ ٣٣٠).

(٥) فتح العزيز (٨/ ٩٩)، والمجموع (٩/ ١٦٢، ١٦٣).

الرأي الثالث: رأي المتوسطين القائلين بجواز انعقاد العقد بالتعاطي في المحقرات دون الأمور الغالية والنفيسة، وهذا رأي الكرخي من الحنفية[(1)]، وابن سريج والغزالي من الشافعية[(2)]، والقاضي أبي يعلى من الحنابلة[(3)]، ورأي الهادوية من الزيدية[(4)].

وقد اختلفوا في معيار النفيس والخسيس، فقال بعضهم: الخسيس هو ما دون نصاب السرقة، والنفيس ما فوقه، وقيل غيره: وقال الشعراني: «وضابط الخطير والحقير أن كل ما تحتاج الناس فيه إلى الترافع إلى الحكام فهو خطير، وكل ما لا يحتاجون فيه إلى ذلك فهو حقير»[(5)].

والذي يظهر رجحانه هو الرأي المجيز، وذلك لأن المعيار هنا هو الدلالة والعرف، فما دام العرف جرى به فهو صحيح، قال السيوطي: «قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف»[(6)].

---

(1) مجمع الأنهر (٢/ ٥)، والبحر الرائق (٥/ ٢٩١ ـ ٢٩٣)، والمصادر السابقة.
ومن الغريب أن الأستاذ السنهوري (مصادر الحق ١/ ١٠٧) ذكر بأن: «التعاقد بالتعاطي احتل مكانه في المذهب الحنفي تدرجاً لا طفرة فقد كان يصح في الخسيس دون النفيس ثم أصبح يصح فيهما معاً». وهذا خلاف ما عليه المذهب الحنفي فالذي يقول بصحته فيهما هو الإمام محمد المتوفى (١٨٩هـ) في حين أن الذي فرق بينهما هو الكرخي المتوفى (٣١٠هـ).

(2) فتح العزيز (٨/ ٩٩ ـ ١٠١)، والمجموع (٩/ ١٦٢)، وإحياء علوم الدين (٢/ ٦٩).

(3) المغني لابن قدامة (٣/ ٥٦١)، والإنصاف (٤/ ٢٦٣٩).

(4) الروض النضير (٤/ ٤٢٦)، والبحر الزخار (٤/ ٢٩٩).

(5) المصادر السابقة جميعها، والميزان الكبرى (٢/ ٧٢).

(6) الأشباه والنظائر (ص١٠٩).

٢ ـ دلالة البذل على الرضا في القانون:

يقصد بالبذل هنا عرض البضاعة على الواحد أو الجمهور، وأي سلوك أو فعل آخر يفهم منه رضاؤه بالعرض والرضا.

لقد فرض الشكلية السائدة في القانون الروماني أن يكون لكل عقد ألفاظ خاصة لا ينعقد إلَّا بها[1].

وأما التشريعات الحديثة فتعتد بكل فعل، أو سلوك يدل على الرضا بالمقصود إلَّا ما يقضي به القانون في بعض الأحيان ولأسباب خاصة أن يكون الرضا مفرغاً في شكل مخصوص أو نحو ذلك، فقد نصت المادة (٩٠) من القانون المدني المصري على أن «التعبير عن إرادة يكون باللفظ. . . كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًّا إذا لم ينص القانون، أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً».

بل كان المشروع التمهيدي ينص في فقرته الأولى من المادة (١٣٤) على أنه: «يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً» ثم اقترح حذفها لعدم الحاجة إليها، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه[2].

والتعبير بالبذل يكون صريحاً إذا كان اتخاذ ذلك الموقف المعين أو التزام ذلك السلوك بالذات مألوفاً لدى الناس مفهوماً منه المراد بوضوح مثل عرض التاجر بضائعه مع بيان أثمانها على الجمهور وكوقوف

---

(١) د. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في القانون الروماني (ص١٢٥)، حيث يقول: «على أن النطق بألفاظ أياً ما كانت ظل شرطاً لا بدَّ منه. . . وهذه القاعدة ظلت معمولاً بها حتى عهد جوستنيان».
وراجع: د. صوفي أبو طالب، المصدر السابق (ص٢٩٧).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/ ٤١).

سيارات الأجرة في المواقف المعدة لها، وكوضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين[١].

وقد يكون التعبير بالبذل ضمنيًّا إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ولا مألوفاً له لكنه يفهم منه بحيث لا يمكن تفسير فعله أو سلوكه دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، مثل: أن يتصرف تصرفاً فعليًّا في سلعة عرضت عليه للشراء بأن يعرضها للبيع على شخص آخر، فهذا دليل على أنه قبِل العرض، ولذلك يتصرف في السلعة. وكالدائن يسلم سند الدين للمدين، فهذا دليل على أنه أراد إنهاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك. ومن صدر له توكيل، إذا نفَّذ الوكالة كان هذا دليلاً على أنه قد قبلها[٢]. وكالمستأجر يبقى في العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار، ويصدر منه فعل يفهم منه على أنه يراد به تجديد الإيجار، حيث نصت المادة (٥٩٩/ ١ ـ ٢ م.م) على أنه: إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر منتفعاً بالعين المؤجرة بعلم المؤجِّر دون اعتراض منه؛ اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى... ويعتبر هذا التجديد الضمني إيجاراً جديداً، لا مجرد امتداد للإيجار الأصلي...».

رابعاً ـ الإشارة ودلالتها على الرضا في العقود:

١ ـ دلالة الإشارة على الرضا في الفقه الإسلامي:

يقصد بالإشارة ـ هنا ـ تحريك عضو من أعضاء الإنسان أو أكثر للدلالة على الرضا، أو الرفض، كتحريك الرأس عموديًّا للدلالة على الرضا

(١) بلانيول وربيير: المصدر السابق (ص٦) بند (١٠٦)، ود. السنهوري: الوسيط (١/ ٢١٩)، ود. محمود جمال الدين: المصدر السابق (ص٧٠)، ود. محمد علي عمران: مصادر الالتزام (ص٢٤)، ود. الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام (ص٧٧)، ومجموعة الأعمال التحضيرية (٢/ ١٤، ١٥).
(٢) المصادر السابقة أنفسها، ود. عبد الرزاق فرج: المصدر السابق (١/ ٦٧).

بما عرض عليه، وهزه أفقيًّا للدلالة على الرفض، وكذلك تحريك إحدى الأصابع، أو اللسان، أو الكتف، أو العين أو غير ذلك، حسب ما يقتضي به عرف كل مجتمع وعادتهم، وتكون هذه الإشارة مفهومة للطرفين.

فالاكتفاء بالإشارة المفهومة من الأخرس للتعبير عن رضاه محل اتفاق بين فقهائنا المسلمين[1].

فقد ذكر النووي وابن قدامة أنَّه لا خلاف في ذلك للضرورة[2].

وقال ابن نجيم: «الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة في كل شيء»[3].

وقال النووي: «قال أصحابنا: يصح بيع الأخرس وشراؤه بالإشارة المفهومة، وبالكتابة بلا خلاف للضرورة... ويصح بها جميع عقوده وفسوخه كالطلاق والنكاح... قالوا: إشارته المفهومة كعبارة الناطق، إلَّا في صورتين فيهما خلاف، وهما: شهادته، وإشارته بالكلام في الصلاة حيث لا تبطل صلاته بها»[4].

ثمَّ إنَّ الشافعية قسموا إشارته إلى: إشارة صريحة مغنية عن النية، وهي التي يفهم منها المقصود كل من اطلع عليها. وإشارة كناية مفتقرة إلى النية، وهي التي يختص بفهم المقصود بها الفطن الذكي دون الرجل العادي[5].

---

(١) انظر في تفصيل هذه المسألة: بدائع الصنائع (٤/ ٨١٤)، وفتح القدير (٣/ ٤٣)، والأشباه لابن نجيم (ص٣٤٣)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٢٩)، وبلغة السالك (٢/ ١٦٦)، والمجموع (٩/ ١٧١)، والأشباه للسيوطي (ص٣٣٨)، والمنثور في القواعد للزركشي (١/ ١٦٤)، والمغني لابن قدامة (٧/ ٢٣٩)، والروض النضير (٣/ ٤٢٦) وغيرها.

(٢) المجموع (٩/ ١٧١)، والمغني لابن قدامة (٧/ ٢٣٩)، والمصادر السابقة.

(٣) الأشباه لابن نجيم (ص٣٤٣).

(٤) الأشباه للسيوطي (ص٣٣٨)، والمصادر السابقة.

(٥) قواعد الأحكام للعز (٢/ ١١٥)، والأشباه للسيوطي (ص٣٣٨).

ثم إنَّ الإشارة ليست الوسيلة الوحيدة للأخرس للتعبير عن رضاه، بل له الحق في استعمال الكتابة.

لكنه قد ثار خلاف بين الفقهاء في المنزلة أو المرتبة التي تحتلها الإشارة، هل هي الأولى؟ فعلى هذا تكون الكتابة للأخرس تأتي في المرحلة الثانية، أم أنَّ الكتابة تحتل المرتبة الأولى؟

فذهب الجمهور إلى أنَّ الأخرس حر في التعبير عمَّا يجيش في قلبه سواء كان بالإشارة أم بالكتابة، لكن الكتابة أولى.

في حين ذهب رأي غير معتمد داخل المذهب الحنفي ورأي لبعض الشافعية إلى أنَّ التعبير بالإشارة للأخرس إنما تكون إذا لم يستطع على الكتابة[١].

وذهب رأي آخر لبعض الشافعية إلى أنَّ إشارة الأخرس مقدمة على الكتابة[٢].

لكن الراجح الذي يعضده الدليل تقديم الكتابة على الإشارة لمن عرف الكتابة سواء كان أخرس أو غيره؛ إذ دلالة الكتابة أقوى على المقصود وبيان الشروط، وهذا مذهب جماعة من الفقهاء[٣]، ويدل على ذلك أنَّ الرسول ﷺ كان استعمل الكتابة في التبليغ دون الإشارة ـ كما سبق ـ ، كما أنَّ جواز الكتابة لغير الأخرس هو مذهب جماعة كثيرة من الفقهاء ـ كما سبق.

---

(١) الأشباه لابن نجيم (ص٣٤٣)، والأشباه للسيوطي (ص٣٣٨).
وقال ابن الهمام في فتح القدير (٣/ ٤٢): «قال بعض الشافعية: إن كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالإشارة، لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة، وهو قول حسن».

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٣٤).

(٣) الأشباه لابن نجيم (ص٣٤٣)، والأشباه للسيوطي (ص٣٣٨)، ومغني المحتاج (١/ ٧)، ونهاية المحتاج (٦/ ٢٠٨)، ومسالك الإفهام للشهيد الثاني الإمامي (٢/ ١٢).

وأما الإشارة لغير الأخرس ففيها خلاف بين الفقهاء:

فذهب الحنفية إلى منع ذلك، بل عدم إلحاق غير الأخرس ممن اعتقل لسانه أو منع من الكلام به عند بعضهم، قال ابن نجيم: «وأما إشارة غير الأخرس؟ فإن كان معتقل اللسان ففيه خلاف، والفتوى على أنَّه إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه، ومنهم من قدر الامتداد بسنة وهو ضعيف، وإن لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر إشارته مطلقاً إلَّا في أربع: الكفر والإسلام والنسب والإفتاء، كذا في تلقيح المحبوبي»(١). وقال ابن نجيم: «ويزاد الطلاق إذا كان تفسيراً للمبهم، كما لو قال: أنت طالق هكذا وأشار بثلاث»(٢).

وفي تقديري أنَّ هذه الصورة الأخيرة لا تدخل في الإشارة المحضة وذلك لوجود لفظة «هكذا» فالقوة لها، ويأتي دور الإشارة في توضيح المشار إليه فقط، ولهذا لو قال: «أنت طالق»، وأشار بثلاث لم تقع إلَّا واحدة وهذا ما ذكره ابن نجيم نفسه(٣).

وأما المالكية فقد أجازوا التعاقد بالإشارة في المعاملات المالية والطلاق، حتى وإن كان المتعاقد ناطقاً، لكنهم لم يجيزوها تعبيراً في النكاح، فقد ذكر الدردير أن البيع ونحوه ينعقد «بما يدل على الرضا من قول، أو إشارة من الجانبين أو من أحدهما»(٤). بل إنَّ الإشارة عندهم ـ كما يقول الحطاب ـ أولى بالقبول من المعاطاة(٥). وكذلك الأمر في

---

(١) الأشباه لابن نجيم (ص٣٤٤).
(٢) الأشباه والنظائر (ص٣٤٤).
(٣) المصدر السابق نفسه.
(٤) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٢/ ٣٤٣)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣)، وشرح الخرشي (٥/ ٥).
(٥) مواهب الجليل (٤/ ٢٢٩)، ونصه: «والإشارة أولى بالجواز من المعاطاة؛ لأنها يطلق عليها أنها كلام».

الطلاق[١]. وأما النكاح فقد قال الدردير وغيره: «ولا تكفي فيه الإشارة إلَّا لضرورة خرس»[٢].

وأما الشافعية فقد ألحقوا بالأخرس من اعتقل لسانه، وقالوا: إشارة المعتقل لسانه المفهومة مقبولة[٣]، لكنهم لم يعتدوا بإشارة الناطق في العقود مطلقاً، سواء كانت مالية أم شخصية. لكن ذكر السيوطي وجهاً مرجوحاً لبعض الشافعية من أنَّ الإشارة بالطلاق كناية[٤]، قال الزركشي: «إشارة الناطق القادر على العبارة لغو»[٥]. وذكر الزركشي: أنَّه لو قال: «أنت طالق هكذا»، وأشار بأصابعه الثلاث وقع طلاقه ثلاثاً[٦]، لكن الأساس في هذه المسألة هو وجود: «هكذا ـ أي: اللفظ» فعلى هذا لا تدخل في سلطان الإشارة المحضة للناطق، ولهذا إذا لم يذكر لفظ «هكذا» تكون صريحة[٧].

وأمَّا الحنابلة فقد اعتدوا بإشارة الأخرس ولم يعتدوا بإشارة القادر على الكلام كتعبير عن الإرادة، وعلى هذا تشهد نصوصهم[٨].

---

(١) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٢/ ١٦٦).
(٢) المصدر السابق (٢/ ١٧).
(٣) الأشباه للسيوطي (ص٣٤٠).
(٤) المصدر السابق (ص٣٣٩).
(٥) لكنه ذكر مستثنيات أربعاً، غير أنها في غير العقود بل في التحية، ورواية الحديث وإشارة مسلم إلى كافر فانحاز إلى صف المسلمين، وأن يقول أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث، فالإشارة في هذه الصور الأربع تقبل من الناطق أيضاً.
انظر: المنثور في القواعد(١/ ١٦٦)، وراجع: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٣٩).
(٦) المنثور في القواعد (١/ ١٦٦)، والأشباه للسيوطي (ص٣٣٩).
(٧) الأشباه للسيوطي (ص٣٣٩).
(٨) الإنصاف (٤/ ٢٦٠ ـ ٢٦٤)، وحاشية الروض المربع (٤/ ٣٣٠)، والعدة شرح العمدة (ص٤١٥)، والمغني لابن قدامة (٣/ ٥٦١، ٥٦٦)، وكشاف القناع (٥/ ٣٩).

٢ ـ دلالة الإشارة على الرضا في القانون:

اتفقت التشريعات الحديثة (المعنية)[1] على الاعتداد بالإشارة المفهومة للدلالة على الرضا والرفض في العقود التي لا يشترط فيها شكل رسمي، أو نوع خاص من التعبير عنها، ولم تفرق هذه التشريعات بين الأخرس وغيره، في حين أن القانون الروماني لم يكن يجيز إنشاء العقود بالإشارة حتى للأخرس[2].

وقد قسم الفقه الحديث الإشارة أيضاً إلى قسمين:

١ ـ **صريحة** كإشارة الأخرس المتداولة عرفاً، وكذلك إشارة غيره التي تواضع الناس على أن لها معنى خاصاً، وهذا بلا شك معياره العرف المنتشر

---

(١) د. السنهوري: الوسيط (١/ ٢١٨)، ود. محمود جمال الدين: المصدر السابق (ص٦٩)، ود. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام (١/ ١٠٢)، ود. محمد علي عمران: مصادر الالتزام (ص٢٤)، وأنور العمروسي: المصدر السابق (١/ ١٩٤)، ود. عبد الحي حجازي: المصدر السابق (١/ ١٨٨).
يراجع: بلانيول وربيير (٦/ ١١٢)، ومارسل: المصدر السابق (١٨١)، وجوسران: المصدر السابق بند (٤٣)، ومورانديه المصدر السابق بند (٣٠٥)، وفهرس القانون المدني الفرنسي بند (٢٤).
ويراجع: شيتي: المصدر السابق (ص٢٥)، وولسون: المصدر السابق (ص١٥)، ووليستون: المصدر السابق (٢٦).
ويراجع: د. الحكيم: المصدر السابق (١/ ٥٥)، ود. ذنون: محاضرات في القانون العراقي (ص١٨)، ود. مالك دوهان: المصدر السابق (١/ ١٠٥)، ود. غنى حسون طه: مصادر الالتزام (١/ ٩١)، والأساتذة/ الحكيم، والبكري، والبشير: المصدر السابق (١/ ٣٣).

(٢) وقد ذكر جوستنيان في المتون (٣، ١٩، ٧): «ليس للأبكم إيجاب ولا قبول، ومثله الأصم، إذ ينبغي للموجب أن يسمع كلام القابل، وللقابل أن يسمع الموجب...»، فالإشارة ليس لها أي قيمة في القانون الروماني، ولا ينعقد بها أي عقد من العقود.
راجع: د. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في القانون الروماني (ص١٢٥ ـ ١٢٦).

بين أهل كل بلد بعينه ـ ولا سيما التجار ـ ، فقد يكون نوع خاص من الإشارة مفهومة ومفهمة للدلالة على الرضا بالعقد في بلد معين دون آخر. وقد تواضع الناس الآن على أن هز الرأس عموديًّا دليل على القبول، وهزها أفقيًّا، أو هز الكتف دلالة على الرفض[(١)].

٢ ـ **إشارة الضمنية**: وهي كأن يعرض على شخص بضاعة للشراء فيأتيه شخص آخر ويقول له: هل تبيعها لي بكذا؟ فيشير إليه بهز رأسه عموديًّا. فهذا الهز قبول صريح بالبيع بالنسبة للشخص الثاني، وقبول ضمني بالنسبة لقبوله الشراء من الشخص الأول.

وهذا ما تبناه القانون المصري في مادته (٩٠) حيث نصت على أن: «التعبير عن الإرادة يكون. . . بالإشارة المتداولة عرفاً»[(٢)]، والقانون العراقي في مادته (٧٩) على أنه «يكون بالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس»[(٣)]، وكذلك الأمر في التشريع الفرنسي[(٤)]، وأما القانون الإنجليزي فقد اعتد بالسلوك المعبر ـ ومن ضمنه الإشارة المفهمة الشائعة عرفاً ـ كتعبير عن الإرادة، وهي الطريق الطبيعي للتعبير عن الإرادة بالنسبة للأخرس، بل الطريق الوحيد له إن كان أُمِّيًّا، ولكن هذا لا يعني اختصاصها بالأخرس، بل يمكن لغيره أن يعبر بها ما دامت شائعة في الاستعمال مفهومة للعاقد بوضوح[(٥)].

---

(١) د. السنهوري: الوسيط (١/ ٢١٨).

(٢) ويراجع في شرحها: د. السنهوري: الوسيط (١/ ٢١٨)، وأنور العمروسي: المصدر السابق (ص٦٩).

(٣) د. مالك دوهان: المصدر السابق (١/ ١٠٥) والمصادر السابقة.

(٤) بلانيول وربيير: المصدر السابق (٦/ ١١٢)، والمصادر السابقة.

(٥) ولسون: المصدر السابق (ص١٥)، وآنسون: المصدر السابق (ص٢٥)، وشيتي: المصدر السابق (ص٢٥)، ووليستون: المصدر السابق (ص٢٦)، وراجع: د. العطافي: بحثه السابق (ص٦٣).

خامساً ـ السكوت ودلالته على الرضا في العقود:

١ ـ دلالة السكوت على الرضا في الفقه الإسلامي:

يطلق السكوت في اللغة على الصمت، والسكون، وعدم الكلام ونحو ذلك[1] غير أن السكوت المطلوب هنا في عرف الفقهاء، والذي يمكن أن يكون تعبيراً عن الرضا: هو ليس الصمت المجرد عن كل قرينة، كما أنه ليس الصمت الذي صاحبه فعل من إشارة ونحوها **بل هو الصمت المطلق الذي تحيط به قرائن، فتفهم منه الدلالة على إنشاء العقد.**

فالمراد بالصمت هو عدم الكلام، وبالمطلق أي الخالي عن مصاحبة أية حركة فيخرج بهما عن التعريف الصمت الذي صاحبه فعل كالإشارة والإعطاء ونحوهما.

وقولنا: «تحيط به قرائن» خرج به الصمت الذي لم تصاحبه أية قرينة للدلالة على إنشاء التعاقد.

فالصمت المجرد عن القرائن موقف عدمي محض لا يمكن أن يكون دليلاً على الرضا بالعقد على الإطلاق، فالساكت الذي صمت لمجرد التفكر في نفسه، أو لعدم وجود أي حال أمامه لا يسند إليه شيء، وأن الرضا لا يمكن أن يفترض فرضاً مجرداً عن أي أساس، وهذا هو المراد بالقاعدة الفقهية السائدة القاضية بأنه «لا يسند لساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان» (المادة ٦٧ من المجلة)[2].

---

(١) القاموس المحيط (١/ ١٥٥)، والمصباح المنير (١/ ٣٠٠)، ولسان العرب، مادة (سكت).

(٢) وقد كان الإمام الشافعي قد أطلق القول بأن «الساكت لا ينسب إليه قول»، واستثنى مسألة البكر، ثم استثنى أصحابه مسائل أخرى.
فلتراجع في «مسائل السكوت» للشيخ العلامة إبراهيم بن عمر السويني من علماء =

وأما الخلاصة في دلالة السكوت على الرضا: فقد اتفق الفقهاء على أن السكوت ـ من حيث المبدأ ـ ليس من وسائل التعبير عن الرضا، وأن الساكت لا يسند إليه قول.

واتفقوا كذلك على أن لهذه القاعدة استثناءات.

لكنهم اختلفوا في مدى التوسع فيها:

فذهب جمهورهم إلى التوسع فيها، حيث بلغت عشرات المسائل، بل صاغوا من الاستثناءات قاعدة عامة وهي: أن السكوت في معرض الحاجة بيان.

ومن هنا فما ذكروه من الأمثلة ـ على الرغم من كثرتها ـ ليس للحصر، وإنما من باب التمثيل والتوضيح.

ثم إن المتعمق في هذه الأمثلة يجد أن دلالة الرضا فيها لم تؤخذ من السكوت المجرد عن كل قرينة، بل أخذت منه حينما صاحبته قرائن وظروف وملابسات، بحيث خلعت عليه ثوب الدلالة على الرضا.

وهذه الملابسات والقرائن بعضها داخلي نابع من غرائز الإنسان وطبيعته وظروفه الاجتماعية، كحياء البكر، حيث تستحي أن تفصح عن رغبتها في

= القرن التاسع الهجري، مخطوطة بمكتبة الأوقاف العرابية برقم (٣٥٢٩).
ويراجع في هذه المسألة: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٥٤)، وشرح المنار لابن ملك (ص٢٤٠)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/ ٢٢٧)، والمنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٢٠٥)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٥٨)، والمغني لابن قدامة (٦/ ٤٩٣)، والمحلى لابن حزم(٩/ ٤٤٤)، وتذكرة الفقهاء للحلي (٩/٧)، والروض النضير (٤/ ٢٨)، وشرائع الإسلام (٢/ ١٠).
ويراجع أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج: دور السكوت في التصرفات القانونية، ط. المدني ١٤٠٠هـ، ود. وحيد الدين سوار: المصدر السابق (ص٢٦٤)، والأستاذ السنهوري: مصادر الحق.

الزواج ولكن لا تخجل عن إبداء رفضها له، يقول المرغيناني: «لأن جنبة الرضا فيه راجحة؛ لأنها تستحي عن إظهار الرغبة، لا عن الرد. . .»[1].

وقال ابن الهمام: «والمعول عليه اعتبار قرائن الأحوال»[2].

كما أن للعرف هنا دوراً بارزاً في تعيين سكوت للرضا دون آخر، فقد جرى بأن البنت إذا سكتت عند عرض أبيها أمر النكاح عليها اعتبر ذلك رضاً؛ نظراً لجدية عقد النكاح وعدم الهزل فيه. ولهذا إذا استأذنها غير وليها لا يعتبر سكوتها رضاً؛ لأنه يكون في الغالب لقلة التفاتها إلى كلامه، وعدم اهتمامها به، بخلاف الولي[3]. وللسبب نفسه تُعذر إذا ادعت أن سكوتها كان عن جهل؛ كونه دليلاً على الرضا عند الكثيرين[4]، وللسبب السابق ـ وهو حياء البكر والعرف القاضي به ـ لم يعتبر الشرع سكوت الثيب رضاً بل اشترط النطق، وكذلك الأمر بالنسبة للمتصدق عليه وكل ما فيه نوع من المنة والتطوع، حيث إن للحياء فيه دوراً بارزاً، بحيث يستحي الإنسان من إظهار القبول، لكنه لا يستحي من إظهار الرفض، وكذلك الأمر في كل ما فيه مصلحة للمعروض عليه كالكفالة، والضمان والوكالة.

وقد تكون القرائن التي تلابس السكوت فتجعله دالاً على الرضا مظاهر خارجية محسوسة: كرؤية السيِّدِ عبْدَهُ يبيع ماله، فهذا إذْنٌ؛ لأنه لو لم يرض به لبادر إلى رفضه ومنعه، ولا سيما أن عبده تحت تصرفه. وكرؤية شخص يدعي ملكية عقار فيأتي شخص آخر يدعي هو الآخر ملكيته فيبيعه، فيسكت الأول دون مانع فهذا دليل على رضاه، وإسقاط لحقه في المطالبة[5].

---

(١) الهداية مع فتح القدير (٢/ ٣٩٨).

(٢) فتح القدير (٢/ ٣٩٨).

(٣) فتح القدير (٢/ ٣٩٩)، والمصادر السابقة.

(٤) الشرح الكبير مع الدسوقي (٢/ ٢٢٧)، وشرح الخرشي (٣/ ١٧٩)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٥٧١)، والمغني لابن قدامة (٦/ ٤٩٣).

(٥) يراجع أستاذنا الدكتور عبد الرزاق حسن فرج: المصدر السابق (ص٤٧، ٤٨).

وأما الظاهرية ـ كعادتهم في التوقف عند ظاهر النص ـ فلم يعتدوا بالسكوت كدليل على الرضا إلّا في المسألتين السابقتين.

ومن هنا، يمكننا القول **بأن الفقهاء قد اتفقوا جميعاً** على اعتبار السكوت دليلاً على الرضا في الجملة.

ويعود سبب اتفاقهم في مسألة سكوت النبي ﷺ إلى اتفاقهم على عصمته وأنه لا يقر أحداً على الباطل.

وأما اتفاقهم على اعتبار سكوت البكر رضا فيعود إلى ورود أحاديث صحيحة مشهورة بهذا الخصوص. فقد روى مسلم، وأصحاب السنن بسندهم مرفوعاً: أن رسول الله ﷺ قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن، وإذنها صماتها»[1]. وفي رواية صحيحة أخرى رواها البخاري ومسلم عن أبي هريرة بلفظ: «لا تنكح البكر حتى تستأذن. قالوا: يا رسول الله كيف إذنها؟ قال: أن تسكت»[2]..

والذي يظهر لنا رجحانه أن حِلَّ الأموال والأبضاع إنما يتم إذا كان هناك دليل واضح مفهوم على رضا صاحب الشأن فيها، فإذا تم الوصول إلى هذا الرضا بشكل واضح ومفهوم فقد حصل المقصود وتم المراد، فقد أعطت الأحاديث السابقة الضوء الأخضر للفقهاء بأن السكوت قد اعتد به الشرع في إذن البكر، فلا مانع إذن أن تقاس عليه المسائل التي تشبه هذه المسألة، ولا سيما في الحقوق والمرافق: كحق المنفعة، واستمرار الإيجار، وإثبات ما فيه المنفعة للمعروض عليه كسكوت المتصدق عليه والمكفول، والمحال عليه ونحو ذلك.

---

(١) صحيح مسلم (٢/ ١٠٣٧)، والموطأ لمالك (ص٣٢٥)، ومسند أحمد (١/ ٣٤١، ٢/ ٢٥٠، ٢٧٩)، وسنن الترمذي مع التحفة (٤/ ٢٤٠)، والنسائي (٦/ ٦٩)، وابن ماجه (١/ ٦٠١)، والدارمي (٢/ ٦٢)، ويراجع: التلخيص الحبير (٢/ ١٦١).

(٢) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب النكاح (٩/ ١٩١)، وصحيح مسلم كتاب النكاح (٢/ ١٠٣٧).

أما أصل النكاح فلا ينعقد إلَّا بالإيجاب والقبول؛ لما له من خطورة وقدسية.

وأما في العقود المالية فلا يزال الأصل فيها هو أنه «لا ينسب إلى ساكت قول»، ولكن «السكوت في معرض الحاجة بيان»، والذي يعين السكوت على أداء هذا الدور هو القرائن التي تحيط به والظروف التي تلابسه، وأن **المرجع في الحكم على ذلك هو العرف**.

٢ ـ دلالة السكوت على الرضا في القانون:

يطلق السكوت[1] في القانون الوضعي على الموقف السلبي الذي يتخذه من يوجه إليه الإيجاب.

ويقصد بالموقف السلبي: عدم الإجابة على السائل أو المنشىء لا بقول، ولا بفعل، ولا بلفظ، ولا كتابة، ولا إشارة.

وأيًّا ما كان، فإنَّ المبدأ الذي استقر في التشريعات الحديثة هو أنَّ السكوت ليس تعبيراً عن الرضا، لكن هذا المبدأ له استثناءات تتسع أو تضيق حسب نظرات التشريعات المختلفة، بالإضافة إلى أنَّ هناك بعض عقود ليس للسكوت إليه من سبيل قطعاً مهما كانت الظروف والقرائن، وهي العقود التي

---

(١) يراجع: أستاذنا د. عبد الرزاق حسن فرج: دور السكوت في التصرفات القانونية، ط المدني بالقاهرة، ١٤٠٠هـ، (ص١١)، والأستاذ ماري جوزيه: رسالة دكتوراه ١٩٦٩م (ص٢)، ويراجع في التفصيل: د. السنهوري: الوسيط (١/ ٢٨١)، ود. محمود جمال الدين: المصدر السابق (ص٨٤) بند (٤٥)، ود. جميل الشرقاوي: المصدر السابق (١/ ٢٧٣)، ود. محمد علي عمران: المصدر السابق (ص٢٧)، ود. عبد الحي حجازي: المصدر السابق (١/ ٢٠٧)، وأنور العمروسي: المصدر السابق (١/ ٢٢٤)، وإسماعيل غانم: مصادر الالتزام بند (٥١)، ويراجع: مارسيل: المصدر السابق (بند ١٨٤)، وبلانيول وريبير: المصدر السابق (٦/ ١١٦)، وجوسران: المصدر السابق (بند ٤٥).

اشترط القانون أو المتعاقدان أن يكون التعبير عنها صريحاً أو بالكتابة، أو مفرغاً في شكل خاص.

ومع كل ذلك فالسكوت ـ كما يقول بلانيول وريبير ـ له دور معين لا ينكر في الحياة القانونية، ولذلك يعطيه القانون في بعض الأحيان قيمة قانونية مثل حالة التجديد الضمني بالنسبة للمؤجر، ولكن في غياب ظروف خاصة فإنَّ السكوت ليس إلَّا معنى مشكوكاً فيه[١].

كما أنه مهما جرينا بعيداً وراء الرضائية وتخلينا عن الشكلية، لكن ذلك لا يوصلنا إلى اعتبار السكوت كدليل على الرضا كمبدأ؛ وذلك لأنَّ الرضا لا يفترض بل لا بدَّ من وجوده فعلاً.

كما أنَّه لو فتح هذا الباب لأدَّى إلى الفوضى وعدم الاستقرار وكثرة المنازعات، بل وأذى الناس، فمثلاً: من بعث بخطاب إلى آخر، أو بعث إليه أمواله سواء حدد له وقتاً أو لم يحدد، وسواء اعتبر عدم الرد عليه بمثابة القبول أو لا، فلا يعتبر سكوته المجرد دليلاً على الرضا، ولا يجوز لنا أن نلزمه بالرد على خطابه أو رد أمواله، وذلك لأنَّ السكوت غير مسؤول عمَّا يفعله الآخر عن اختياره، فهو وحده يتحمل تبعات تصرفاته، وإلَّا لاستغله ضعاف النفوس في إشغال أو أذى من يريدون إشغاله أو أذاه.

وهذا المبدأ هو ما طبقته محكمة النقض الفرنسية في حالة التاجر الذي لم يرد على خطاب صاحب بنك ذكر فيه أنَّه قد وضع اسمه ضمن المكتتبين وأنَّه قيد بالحساب عملية القسط الأول الواجب دفعه[٢]. وطبق نفس الحل ضدَّ ناشر أرسل نشرة دورية إلى شخص لم يرفضه بدوره، ولا أعاد إلى الناشر[٣]. كما قبل الحل السابق نفسه بخصوص التاجر الذي بعث إلى بعض

---

(١) بلانيول وريبير: المصدر السابق (٦/ ١١٦) بند (١٠٨)، باختصار.

(٢) نقض مدني في ٢٥/ ٥/ ١٨٧٠م مشار إليه في: بلانيول وريبير (٦) بند (١٠٨).

(٣) محكمة السين المدنية في ١٩/ ٤/ ١٨٩٣م المشار إليه في المصدر السابق نفسه.

الأشخاص عينة من السلع، وحدد لهم موعداً معيناً إذا لم يصله إليه الرد اعتبر ذلك قبولاً، فلم تعتبره المحكمة قبولاً[1].

ومن هنا فدور السكوت محدود ينظر فيه إلى ملابسات أخرى تعيِّنه للقبول، وهذا ما راعته التشريعات الحديثة.

فالتشريع المصري ذكر لنا بعض حالات اعتد فيها بالسكوت، حيث نص في مادته (٩٨) على أنه:

«١ ـ إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف، أو غير ذلك من الظروف تدل على أنَّ الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإنَّ العقد يعتبر قد تمَّ إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

٢ ـ ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض لمنفعة من وجه إليه»[2].

وقد أشارت هذه المادة بقولها: «أو غير ذلك من الظروف» إلى أنَّ الأمثلة التي ذكرتها ليست على سبيل الحصر، وإنما هي على سبيل الإرشاد، وتسهيل مهمة القاضي في عرض هذه الأمثلة عليه ليجعلها نبراساً لغيرها

---

(١) استئناف تولوز في ١١/٦/١٨٨١م المشار إليه في داللوز ١٨٨٢ ـ ٢ ـ ٢٠٦.

(٢) وقد انتقد الأستاذ الدكتور إسماعيل غانم: مصادر الالتزام (ص٨٠)، صياغة هذه المادة ومحتواها بأنها «تؤدي إلى أن يكون السكوت ـ الذي يقضي العرف التجاري باعتباره قبولاً ـ سكوتاً موصوفاً لا ملابساً، مع أنَّ المذكرة الإيضاحية لها ذكرت بأنها تقتصر على السكوت الملابس، كما أن نصها معيب، فعبارة النص في أنَّ السكوت يعتبر قبولاً إذا كانت «الظروف تدل على أنَّ الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول» قد توحي بأنَّ العبرة بما ينتظره الموجب نفسه، مع أنَّه لا شك في أنَّه لا يعتد بنية الموجب الذاتية، فليس للموجب أن يملي واجب الإفصاح على الموجب له، فالعبرة إذن بما يتوقعه الشخص العادي. وراجع: د. عبد الرازق حسن: المصدر السابق (ص١٠٠).

مما يشابهها، وذلك لأنَّ الظروف التي تدل على كون السكوت دليلاً على الرضا لا تنحصر فيما ذكرتها، بل هي كثيرة ومتشعبة؛ ولذلك أنيط استخلاص القبول منها بقاضي الموضوع[1].

فقد ذكرت هذه المادة خمس حالات وتُرِك غيرها للفقه والقضاء، وهي:

١ ـ حالة العرف التجاري الذي جرى عليه العمل بأن يقضي بدلالة السكوت على الرضا، مثل أن يرسل أحد البنوك بياناً لعميله عن الحساب في المصرف، وذكر أنَّ عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً للحساب. وللعرف التجاري سلطان واسع في هذا المجال[2].

٢ ـ حالة التعامل السابق، بأن يكون بين المتعاقدين تعامل سابق من شأنه أن يجعل الموجب لا يتوقع تصريحاً بالقبول من عميله؛ فحينئذٍ يعتبر السكوت قبولاً؛ لأن عدم الرد في المعاملات التجارية على خطاب الموجب بمناسبة علاقات العمل السابقة يفسر على أنَّه قبول[3].

كما أنَّ الثقة المشروعة وحسن النية يقتضيان أن يصرح الشخص الذي وجه إليه لإيجاب أن يصرح برفضه، فإذا سكت واستمر سكوته فترة مناسبة فإنَّ هذا السكوت يولد لدى الموجب ثقة مشروعة فيكون قبولاً، فمثلاً إذا اعتاد تاجر الجملة في موعد دوري معين القيام بإرسال بضاعة معينة إلى عميله دون أن ينتظر رداً على خطابه الذي أرسله إليه بهذا الخصوص ومضى عليه

---

(١) د. عبد الرزاق حسن فرج: المصدر السابق (ص٩٩)، ود. إسماعيل غانم: المصدر السابق بند (٥١).

(٢) د. السنهوري: الوسيط (١/ ٢٨٤)، ود. عبد الرازق حسن فرح: المصدر السابق (ص١٣١).

(٣) المصادر السابقة، وراجع في هذا المعنى: حكم محكمة موبلييه في ٣/ ٧/ ١٨٥٥م، المشار إليه في ماري جوزيه، بند (٩٨).

فترة معقولة، فإنَّ سكوته هذا يعتبر قبولاً[1].

٣ ـ طبيعة المعاملة، بأن كانت تقضي اعتبار السكوت قبولاً، مثل أن يقوم التاجر بإرسال فاتورة البضائع إلى المشتري متضمنة شروط البيع ولم يقم المشتري برفض هذه الشروط، أو الاعتراض عليها؛ فيعتبر سكوته قبولاً، أو يرسل البضاعة لمن طلبها لكي يضيف في الفاتورة شروطاً مستجدة، فيسكت عنها المشتري عبر سكوته قبولاً[2].

٤ ـ حالة استحداث عقد جديد مكمل لعقد سابق، أو معدل له أو فاسخ فيكون السكوت قبولاً، مثال الأول: أن يستنفد مشتري الآلات الميكانيكية الأجل المضروب لفحص هذه الآلات ويطلب أجلاً جديداً لإجراء فحص تكميلي كان متوقعاً في عقد البيع. ومثال الثاني: أن يقوم صاحب مصنع بالتعديل في لوائح مصنعه ويسكت العمال أو ينقص أو يزيد من أجورهم دون اعتراضهم فيكون سكوتهم قبولاً. ومثال الثالث: ما قضت به محكمة الاستئناف المختلة من أن سكوت المشتري الذي أخبره المصنع باستحالة إرسال ما يطلبه من فحم قد جعل المصنع على حق في اعتقاده بفسخ العقد[3].

٥ ـ حالة تمخض الإيجاب لمنفعة مَنْ وجَّه إليه وسكت؛ فيعتبر سكوته رضا، كالهبة التي لا تشترط فيها الرسمية فتعرض على الموهوب له فيسكت، وكعارية الاستعمال تعرض عليها المستعير فيلزم الصمت[4].

---

(١) راجع في المزيد من الأمثلة: د. عبد الرازق حسن: المصدر السابق (ص١٠٦)، والسنهوري: بند (١١٢).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) استئناف مختلط في ١١/ ٤/ ١٩١٧م، مشار إليه في السنهوري: بند (١١٢).

(٤) د. السنهوري: الوسيط (١/ ٢٨٦)، ود. عبد الرازق حسن فرج: المصدر السابق (ص١٣٦).

وقد ذكر الفقه أمثلة كثيرة أخرى للظروف التي يستخلص منها دلالة السكوت على الرضا[1]. كما ذكر أنَّ معيار الظروف التي إذا صاحبت السكوت جعلته يفهم منه الرضا بالعرض هو أن تدل هذه الظروف على أنَّ الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، كما أنَّ معيار كون السكوت قبولاً معيار موضوعي لا ينظر فيه إلى الموجب في حد ذاته، بل إلى ما كان الشخص المعتاد ينتظره لو وجد مثل هذه الظروف، «فيمكن اعتبار السكوت قبولاً إذا كان الشخص العادي لو وجد في هذه الظروف لاعتبر السكوت قبولاً على أساس أنَّ هذه الظروف من شأنها أن تولد الثقة لدى المواجهين بها في اعتبار السكوت معبراً عن إرادة حقيقية بالقبول»[2].

وبالإضافة إلى الحالات السابقة التي ذكرها التشريع المصري للسكوت باعتباره قبولاً للإيجاب، فقد ذكر حالات أخرى اعتبر فيها السكوت دالاً على الرضا، وهذا ما يسمى **بالسكوت الموصوف**[3]، حيث نصَّ في مادته (٣٢٢/ ٢) على أنَّه: «إذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين وسجل عقد البيع تعين على الدائن متى أعلن رسميًّا أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأي اعتبر سكوته إقراراً». كما نص في مادته (٤٢١/ ١) بخصوص البيع بشرط التجربة على أنَّه: «في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً».

---

(١) د. عبد الرازق حسن فرج: المصدر السابق (ص١٤٤ ـ ٢٢٦)، ود. إسماعيل غانم: المصدر السابق (ص٨٤) بند (٥١).

(٢) د. عبد الرازق حسن فرج: المصدر السابق (ص١٠٣).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/ ٥٨)، ويراجع في تفصيل هذه المسألة: د. عبد الرازق حسن فرج: المصدر السابق (ص٩٤).

فالسكوت في هذه الحالات يسمى بالسكوت الموصوف أي الذي يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام ويتكفل هو بتنظيم أحكامه، إذن فيخرج عن السكوت المجرد ـ أي: بوحده دون تدخل من القانون، وإلَّا فالقانون حر في اختيار الوسائل التي يعتبرها في بعض تنظيماته تعبيراً أم لا[١].

سادساً ـ إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة:

المقصود به إجراء العقود عن طريق: الهاتف (التليفون)، والبرق والتلكس، والناسخ (الفاكس)، والمذياع (الراديو)، والمذياع المرئي (التلفزيون)، ونحوها.

فهذه الوسائل الحديثة في حقيقتها ليست وسائل جديدة للتعبير، ـ فوسائل التعبير عن الإرادة لم تزل ولن تزال هي: إما القول، أو الفعل، أو الإشارة، أو السكوت ـ ، وإنما هي وسائل حديثة من حيث التوصيل زمناً وكيفية، ولذلك فهي تقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الوسائل الحديثة لنقل اللفظ:

وهي تشمل: الهاتف (التليفون)، والبرق (اللاسلكي)، والمذياع (الراديو)، والتلفاز والإنترنت الناطق.

إنشاء العقود عبر الهاتف (التليفون):

لا يخفى على أن التليفون ينقل كلام المتحدث فيه بدقة، فيسمع كل واحد منهما الآخر بوضوح، ولا يختلف الكلام من خلاله عن الكلام بدون واسطة سوى عدم رؤية أحدهما الآخر ووجود فاصل بينهما، وإن كان العلم الحديث قد بدأ خطوات جادة لإيجاد تليفون ينقل الصوت والصورة معاً.

---

(١) أنور العمروسي: المصدر السابق (١/ ٢٢٤).

ومن هنا فإذا انتهى عقد ما من خلال الهاتف، وتم فيه الإيجاب والقبول ـ مع بقية الشروط المطلوبة ـ فإنه صحيح لا غبار عليه، غير أن عدم رؤية أحدهما الآخر يجعل احتمال التزوير وتقليد صوت شخص آخر وارداً، ولذلك إذا ثار النزاع حول ذلك فالقضاء هو الفيصل، وتسمع دعوى من يدعي ذلك ولكن عليه يقع عبء الإثبات.

أما عدم رؤية أحدهما الآخر فليس له علاقة بصحة العقود أو عدمها لأن المطلوب في باب العقود سماع الإيجاب والقبول، أو التقاؤهما، أو إدراكهما بأية وسيلة كانت.

فالعقد بالهاتف (التليفون) كالعقد بين شخصين بعيدين لا يرى أحدهما الآخر، ولكنه يسمعه.

يقول الإمام النووي: «لو تناديا وهما متباعدان وتبايعا صح البيع بلا خلاف»[١].

وقد ذكر الرافعي نحو ذلك في مسألة أخرى فبين أن المفروض أن الخلاف ينتهي ما دامت قرائن الأحوال متوفرة، وأفادت التفاهم، فحينئذ يجب القطع بصحة هذا العقد[٢].

كما ذكر مسألة أخرى وهي: إذا قال شخص: بعت من فلان، فلما بلغه الخبر قال: قبلت؛ ينعقد البيع؛ لأن النطق أقوى من الكتابة[٣].

بالإضافة إلى أن وجود الساتر بين العاقدين ـ بل بناؤها ـ لا يؤثر حتى في خيار المجلس[٤]، فكيف يؤثر في إنشاء العقد.

---

(١) انظر: المجموع، ط. دار الطباعة المنيرية (٩/ ١٨١).
(٢) فتح العزيز بهامش المجموع، ط. المنيرية (٨/ ١٠٣، ١٠٤).
(٣) المصدر السابق نفسه.
(٤) المجموع (٩/ ١٨١)، والمغني لابن قدامة (٣/ ٥٦٥).

ومن جانب آخر، إن الأساس في العقود هو صدور ما يدل على الرضا بصورة واضحة مفهومة كما تدل على ذلك نصوص الفقهاء[1] وذلك متحقق في الهاتف (التليفون) حيث إن التعبير يتم من خلال اللفظ الذي هو محل الاتفاق بين الفقهاء، وما الهاتف (التليفون) إلَّا وسيلة لتوصيل الصوت فحسب، وليس وسيلة جديدة.

فالقاعدة الأساسية في العقود هي تحقق الرضا للطرفين والتعبير عنه، وإظهاره بأية وسيلة مفهومة.

كما أن العرف له دور أساسي في باب العقود، حتى صاغت الحنفية منه قاعدة: العادة محكمة.

وقال ابن نجيم بعد سردها: «واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً، فقالوا في باب ما تترك به الحقيقة: تترك بدلالة الاستعمال والعادة»[2].

وكذلك أفاض القرافي من المالكية في هذه المسألة وذكر أن العرف يقضي في زمن معين، حتى بعدم قبول بعض ألفاظ مقبولة في زمن ما نظراً لأنها أصبحت متروكة غير مفهومة، كما يقضي بقبول ألفاظ مفهومة لعصر لم تكن مقبولة من قبل، ونقل ذلك عن الإمام الكبير أبي عبد الله المازري، قوله: «. . . فإن النقل إنما يحصل باستعمال الناس لا بتسطير ذلك في

---

(١) يراجع: فتح القدير (٣/ ٤٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٩١ ـ ١٠١)، والفروق للقرافي (١/ ٤٤)، وشرح الخرشي (٥/ ٥)، والدسوقي مع الشرح الكبير (٢/ ٣٨٠، ٣/ ٤)، والوسيط مخطوطة طلعت (٣/ ١٤١)، والمجموع (٩/ ١٦٣)، والروضة (٨/ ٢٥)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٩)، والمنثور للقواعد للزركشي (٢/ ٣٧٩)، والمغني لابن قدامة (٣/ ٥٦٢)، والقواعد النورانية لابن تيمية (ص٤)، ومبدأ الرضا في العقود (٢/ ٩٩٤).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٩٣ ـ ١٠٤).

الكتب، بل المسطر في الكتب تابع لاستعمال الناس»، ثم رتب على ذلك أموراً: «أحدها أن مالكاً وغيره من العلماء إنما أفتى في هذه الألفاظ بهذه الأحكام؛ لأن زمانهم كان فيه عوائد اقتضت نقل هذه الألفاظ للمعاني التي أفتوا بها فيها صوناً لهم عن الزلل»(١).

ويقول الدسوقي: «والحاصل أن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا عرفاً...»(٢).

ويقول النووي: «... ولم يثبت في الشرع لفظ له ـ أي: للعقد ـ فوجب الرجوع إلى العرف، فكل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً...»(٣).

ويقول ابن قدامة: «إن الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته؛ فوجب الرجوع فيه إلى العرف»(٤).

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «فإذا لم يكن له ـ أي: للبيع ونحوه ـ حد في الشرع، ولا في اللغة، كان المرجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم، فما سموه بيعاً فهو بيع، وما سموه هبة فهو هبة...»(٥).

والخلاصة: أن اللفظ ـ كما يقول الشاطبي ـ : «إنما هو وسيلة إلى تحصيل المعنى المراد، والمعنى المقصود...»(٦).

ومن هنا فما الهاتف (التليفون) إلَّا آلة معتبرة عرفاً لتوصيل تلك الوسيلة ـ اللفظ ـ إلى سمع الآخر، فيكون مقبولاً شرعاً.

---

(١) الفروق (١/ ٤٤، ٤٥).
(٢) الدسوقي (٣/ ٤).
(٣) المجموع (٩/ ١٦٣).
(٤) المغني (٣/ ٥٦١، ٥٦٢).
(٥) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام (٢٩/ ١٣ ـ ١٩).
(٦) الموافقات (٢/ ٨٧).

كيفية اعتبار المجلس وخياراته في التعاقد بالهاتف (التليفون):

إذا تعاقد شخص مع آخر بالهاتف (التليفون)، وصدر منه إيجاب فلا شك أن له الحق في رجوعه عن إيجابه عند الجمهور قبل صدور القبول منه، ما دام أسمع الآخر رجوعه[1]. وليس في هذا إشكال، وإنما الإشكال في التعاقد بالهاتف (التليفون) حول امتداد الإيجاب وبقائه ما دام المجلس قائماً عند القائلين به ـ الحنفية والحنابلة ـ ؛ ففي العقد بين الحاضرين يقولون: إن طول الفصل لا يضر، حيث يكون من حق الطرف الثاني أن يقبل ما داما في مجلس العقد، ولم يصدر منهما أو من أحدهما ما يدل على الإعراض عن العقد، فهل نقول: إن مجلس التعاقد بالهاتف (التليفون) يظل مستمراً ما دام المتحدثان بالهاتف (التليفون) في مكانيهما؟ أم نقول: إن مجلس التعاقد هو فترة الاتصال، بانتهائه ينتهي المجلس؟!

فالذي يظهر رجحانه هو: أن مجلس العقد ينتهي بانتهاء المحادثة، ومن هنا فليس لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبل بعد انتهائها وإقفال/ قطع الهاتف، وإذا أراد ذلك وأعاد الاتصال بالموجب، وصل رضاه إليه، فإن هذا الرضا يعتبر إيجاباً يحتاج إلى قبول الآخر، وذلك لأن الذين قالوا بخيار القبول وسعوا من دائرة معنى التفرق في المجلس، فاعتبروا مجرد القيام من المجلس، أو الانشغال بالأكل ونحوه، بل كل ما يدل على الإعراض عن الإيجاب تفرقاً بقطع الخيار، أو نام أحدهما إن كان مضطراً فهي فرقة:

«. . . رجل قال لغيره أعطيتك هذا بكذا، فلم يقل المشتري شيئاً حتى كلم البائع إنساناً في حاجة له؛ بطل البيع، كذا في فتاوى قاضيخان»[2].

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٨).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ٧، ٨)، وفتح القدير (٥/ ٧٨)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٢١)، وبدائع الصنائع (٦/ ٢٩٩٢).

التعاقد بالمذياع (الراديو) والتلفزيون:

يمكن إجراء العقد من خلال المذياع (الراديو) أو التلفزيون، ولا سيما في الإيجابات الموجهة للجمهور، فلو عرض أحد من خلال المذياع (الراديو) أو التلفزيون عرضاً خاصاً ببيع شيء معين، أو إيجار، وأوضح الشروط المطلوبة، والمواصفات المطلوبة المعرفة للمعقود عليه بشكل يزيل الجهالة عنه؛ فإن هذا الإيجاب مقبول، ويبقى قائماً إلى أن يتقدم آخر فيقبله وحينئذ يتم العقد.

وكذلك يمكن إرجاء التعاقد الخاص من خلال شخصين عن طريق الراديو، وذلك لأن الركن الأساسي من العقد هو صدور الإيجاب والقبول ووصول كل منهما إلى علم الآخر بصورة معتبرة شرعاً، وفهم كل واحد منهما ما طلبه منه الآخر، وهذا كله يتحقق من خلال المذياع (الراديو)، والتلفزيون، ولا سيما في الإيجابات الموجه للجمهور والجعالة ونحوها.

فإذا كان الإيجاب خاصاً ـ أي: لم يكن موجهاً إلى الجمهور ـ فلا بدَّ أن يتصل به القبول فوراً عند الشافعية، ومقيداً بدوام المجلس عند الحنفية، والحنابلة، وبعدم الإعراض عنه عند المالكية ـ كما سبق ـ .

وأما الإيجاب العام الموجه إلى الجمهور فإنه لا ينتهي بل يستمر إلى أن يتصل به القبول، أو يحدث عارض يقطعه ـ على التفصيل السابق ـ .

بل إننا نجد بعض النصوص لبعض الفقهاء الشافعية أن الإيجاب ما دام موجهاً إلى الغائب لا ينتهي فوراً بل يستمر حيث لو أوصله شخص إلى الآخر وقبله تم العقد.

قال الرافعي: «وألفوا في مسودات بعض أئمة طبرستان تفريعاً على انعقاد البيع بالكتابة: أنه لو قال: بعت لفلان، وهو غائب، فلما بلغه الخبر قال: قبلت؛ ينعقد البيع؛ لأن النطق أقوى من الكتابة...»[1].

---

(١) فتح العزيز (٨/ ١٠٣)، ويراجع: المجموع (٩/ ١٦٧).

واشترط الحنفية أن يكون ذلك بإذن الموجب[1].

فعلى ضوء ذلك لو قال شخص في المذياع (الراديو) أو التلفزيون: بعت هذا لمن يريد، أو لفلان؛ فقبله آخر وبعث إليه القبول؛ فقد تم العقد. وإذا حصل تزاحم فالاعتبار بأولوية الوصول إلى علم الموجب، وإذا كان بإذن الموجب فقد صح بالاتفاق.

وفي مذهب المالكية توسع جيد في هذا المجال ولا سيما هم يقولون بأن الموجب ملزم بإيجابه الذي كان بصيغة الماضي، وليس له حق الرجوع، وكما أنهم فصلوا الإيجابات العامة.

قال البرزالي في نوازله: «رجل قال في سلعة وقد عرضها: من أتاني بعشرة فهي له، فأتاه رجل بذلك؛ إن سمع كلامه، أو بلغه فهو لازم، وليس للبائع منعه، وإن لم يسمعه، ولا بلغه فلا شيء عليه»[2].

فهذا النص يدل بوضوح على أن بإمكان الإنسان أن يعرض إيجابه في الراديو والتلفزيون ثم يتلقّى القبول فيتم العقد.

ثم إن الإيجاب العام الذي قدمه أحد عبر المذياع أو التلفاز، لا يجوز الرجوع عنه، عند المالكية، وكذلك الإيجابات الموجهة للجمهور مثل الجعالة؛ فإنها وإن لم تكن لازمة من حيث هي لكنها تفضي إلى اللزوم، بحيث إذا أتى شخص بما طلبه الجاعل فإن الجاعل ملزم بالتنفيذ[3].

التعاقد باللاسلكي:

إذا كان جهاز اللاسلكي ينقل الكلام الواضح إلى الآخر فهو مثل

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية (٣/ ٩)، وأما المالكية فمع الشافعية في صحة العقد حتى وإن لم يأمر الموجب به أو لم يأذن. انظر: حاشية البنا علي الزرقاني (٥/ ٥، ٦).

(٢) حاية البنا على شرح الزرقاني على مختصر خليل (٥/ ٥، ٦).

(٣) الحاوي للماوردي، كتاب البيوع، المحقق من قبل محمد الكزني (ص٢٢٤ ـ ٢٢٦).

الهاتف (التليفون) في جميع ما ذكرناه، وكذلك إن كان ينقل الكلام عن طريق الشفرات الواضحة المفهومة للطرفين حيث يتم العقد، إذا فهما الإيجاب والقبول بوضوح، أما إذا كان ينقل الشفرات على شريط مكتوب ـ فرضاً ـ فإنه حينئذٍ مثل البرقية ـ كما سيأتي ـ ما دامت واضحة.

ضوابط ينبغي التنبيه عليها:

أولاً: لا شك أن العقود تتم بلا خلاف عن طريق الهاتف (التليفون)، أو المذياع (الراديو) أو التلفزيون أو اللاسلكي، ولكنه مع ذلك عند التعاقد بها يبقى معه احتمال التزوير وتقليد الصوت، والدبلجة!

ولذلك، فالأصل هو انعقاد العقد، ولكن إذا ادعى أحدهما أن الصوت ليس له، فعليه إثبات ذلك من خلال الأدلة التي تقنع القضاء الذي هو الفيصل؛ لأنه المدعي: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر»[1].

ثانياً: إن العقود بالهاتف (التليفون) ونحوه إنما تصح فيما لا يشترط فيه القبض الفوري، أما إذا بيع شيءٌ ربويّ (مثل الذهب والفضة) بمثله فلا يصح العقد بالهاتف (التليفون)، إلَّا إذا تم القبض، كأن يكون لكل واحد منهما وكيل بالتسليم عند الآخر، أو عن طريق بنك لدى كل واحد منهما فيه رصيد لكليهما، أو نحو ذلك مما يتعلق بموضوع القبض[2]، كما دل على اشتراط القبض الفوري الأحاديث الصحيحة الثابتة، وإجماع العلماء من حيث المبدأ، منها الحديث الصحيح المتفق عليه عن أبي سعيد الخدري، قال: قال

---

(١) يراجع: فتح الباري (٥/ ١٤٥، ١٤٦)، والسنن الكبرى (١٠/ ٢٥٢)، وروى البخاري (٥/ ١٤٥)، ومسلم (٣/ ١٣٣٦) بلفظ «قضى باليمن على المدعى عليه».

(٢) يراجع: فتح القدير (٥/ ٢٧٤)، وبدائع الصنائع (٧/ ٣١١٥)، والبحر الرائق (٦/ ١٣٧)، والدر المختار (٥/ ١٧١)، والدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤٧)، وبداية المجتهد (٢/ ١٣)، والروضة (٣/ ٣٧٧)، ونهاية المحتاج (٤/ ٤٢٨)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥ ـ ٧)، والموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ٢٠٦).

رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا تبيعوا الورق بالورق، إلَّا مثلاً بمثل. . .».

وفي حديث صحيح آخر: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، إلَّا سواء بسواء عيناً بعين، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»[1].

وكذلك الحكم في عقد السلم حيث يجب تسليم الثمن (رأس مال السلم) في مجلس العقد، خلافاً للمالكية حيث أجازوا تأخيره ثلاثة أيام، ولكنهم اختلفوا فيما لو تأخر تسليمه أكثر من ثلاثة أيام بدون اشتراط التأخير حيث ذهب بعضهم إلى فساده، وبعضهم إلى صحته، أما إذا كان التأخير عن الثلاثة باشتراط، فقد فسد العقد بالاتفاق[2].

ثالثاً: أن مجلس العقد بالهاتف (التليفون) واللاسلكي ونحوهما، ينتهي بانتهاء المحادثة كما سبق، إلَّا إذا كان العقد يتم من خلال المزايدة، حيث ذهب المالكية إلى أن الشخص الذي يعرض رضاه بثمن معين في المزايدة فليس له حق الرجوع حتى ولو طال، يقول العلامة الصاوي: «ولا يضر في البيع الفصل بين الإيجاب والقبول إلَّا أن يخرج عن البيع بغيره عرفاً، وللبائع إلزام المشتري في المزايدة ولو طال؛ حيث لم يجر عرف بعدمه»[3].

---

(١) وهناك أحاديث كثيرة بهذا الصدد فراجعها في: صحيح البخاري مع الفتح، البيوع (٤/ ٣٧٧، ٣٨٤)، ومسلم، المساقاة (٣/ ١٢٠٨ ـ ١٢١٩)، ومسند الشافعي (ص٨٤)، وأحمد (٣/ ٤، ٥/ ٤٩)، والمستدرك (٢/ ٤٣)، وسنن أبي داود (مع العون) (٩/ ١٩٨)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٧)، والترمذي (١/ ٢٣٣)، والنسائي (٧/ ٢٤٠)، والسنن الكبرى (٥/ ٢٧٦).

(٢) شرح الخرشي (٥/ ٢٠٣)، وبلغة السالك (٢/ ٥٣٨)، ويراجع: حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٠٨)، والغاية القصوى (١/ ٤٩٧)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٣٢٨).

(٣) بلغة السالك (٢/ ٣٤٥).

فعلى ضوء هذا نقول إذا اتصل شخص عبر الهاتف (التليفون) بمن يدير المزاد، فعرض عليه قبوله بمبلغ كذا، ثم سد الهاتف (التليفون)، ورسىٰ بنفس المبلغ فإنه لا مندوحة له من قبوله بالعقد. وهذا رأي وجيه؛ له وجاهته واعتباره؛ حيث يؤدي إلى حماية العقود من الفوضى والاضطراب، والإضرار بالناس؛ لأنه إذا لم يلزم به يؤدي إلى الإضرار بالبائع ـ مثلاً ـ لأنه أنهى المزاد لأجله، فإذا لم يلزم به، فحينئذ يؤدي إلى الإضرار به بلا شك، وهو مدفوع في هذه الشريعة إذ «لا ضرر ولا ضرار»[1].

رابعاً: إن قولنا بأن مجلس التعاقد بالهاتف (التليفون) ينتهي بمجرد إنهاء المحادثة، خاص فيما إذا لم يعط أحدهما للآخر المهلة، أو لم يشترط لنفسه الخيار، فإذا اشترط أحدهما ـ أو كلاهما ـ ذلك، فإن لمن له الخيار ـ أو المهلة ـ أن يقبل في المدة المعينة.

القسم الثاني: الوسائل الحديثة لنقل المكتوب مباشرة:

تشمل هذه الوسائل: البرقية، والتلكس، الناسخ (الفاكس)، حيث تطورت هذه الوسائل بشكل متسارع حتى أصبح بمقدور الإنسان أن ينقل ما كتبه خلال ثواني ـ أو دقائق معدودة ـ إلى المكان الذي يريده ما دام لديهما جهاز الناسخ (الفاكس)، أو التلكس، حيث ينقل حرفيًّا، بل إن الناسخ (الفاكس) ينقل بصورة منه طبق الأصل فيوصله إلى الجهاز الآخر مهما كان بعيداً. وكذلك الحاسوب.

وأما حكم العقود من خلال جهاز الناسخ (الفاكس) فهو كحكم التعاقد بالكتابة سواء بسواء، إذ أنه ينقل صورة حقيقية من خطابك وتوقيعك دون أي تغيير، أو تبديل، فكما شرحنا سابقاً فإن جهاز الناسخ (الفاكس) حينما

---

(١) حديث ثابت رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية (ص٤٦٤)، وأحمد (١/ ٣١٣)، وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام (٢/ ٧٨٤).

تضع عليه الورقة المطلوب نقلها إلى آخر، وتدوس على الزر الخاص، فإنه يصوره لك ويرسلها إلى الجهاز الثاني لتظهر الصورة بوضوح على الورق في الجهاز الثاني.

وأما البرقية أو التلكس: فهما كذلك مثل الكتابة لكنه مع فارق أن البرقية أو التلكس لا ينقلان صورة، وإنما يكتب العقد مرة أخرى لينقل المكتوب إلى الجهاز الثاني، فهو أشبه ما يكون بخطاب شخص يطلب من آخر أن يكتبه ليرسله إلى الثاني، ومن هنا فلا بدَّ من ملاحظة كون هذا الخطاب من الشخص الفلاني، فإذا ادعى أحدهما التزوير فعليه الإثبات من خلال الوسائل المتاحة له.

وعلى أية حال فإن التعاقد بهذه الأجهزة مثل التعاقد عبر الكتابة.

صعوبات فنية في التعاقد بالبرق والتلكس والناسخ (الفاكس):

لا شك أن هناك صعوبات فنية في التعاقد بهذه الوسائل تكمن في كيفية تصور مجلس العقد، ووقت تمامه، وما يترتب على المجلس من خيارات الأمر الذي يقتضي معالجتها بدقة وأناة.

ولا يخفى أن مجلس العقد بالنسبة للحاضرين واضح يسهل تصوّره.

لكن الصعوبة قد تأتي لتصوره فيما لو كانا غائبين، مثل التعاقد بالبرق أو التلكس، أو الناسخ (الفاكس)، أو بعبارة أخرى: التعاقد عن طرق المكتوب.

والسبب في هذه الصعوبة وجود المسافة الزمنية والمكانية بين الإيجاب والقبول، وكيفية وصول القبول إلى علم من وجه إليه الجواب.

وأيضاً، فإن التساؤل يثور حول الوقت الذي يتم فيه العقد.

هل يتم بمجرد قبول من أرسل إليه البرقية، أو التلكس، أو الناسخ (الفاكس).

(وهذا ما يسمى في الفقه المدني الوضعي بنظرية إعلان القبول)؟

أو أنه يتم بقبوله، وإرساله إلى الموجب. (وهذا الموجب ـ أي: يصله القبول ـ من خلال الرسالة، أو البرق، أو التلكس، أو الفاكس، بحيث إذا وصل إليه فقد تم العقد حتى ولو لم يعلم بمحتواه، (وهذا يسمى في الفقه المدني الوضعي بنظرية تسليم القبول)؟

أو لأنه لا يتم إلَّا إذا وصل القبول إلى الموجب وعلم به فعلاً، «وهذا ما يسمى في الفقه المدني الوضعي بنظرية العلم بالقبول»[1].

ولا شك أن لكل نظرية من هذه النظريات أنصارها وروادها، كما أن لكل واحدة منها سلبياتها وإيجابياتها.

ولكن الغالب في الفقه الوضعي الحديث يتجه إلى تفضيل نظرية «الإعلان عن القبول» على غيرها لمزايا عدة، من أهمها:

أولاً: أن التماثل في جميع الجهات بين عقود الحاضرين، وعقود الغائبين أمر غير عملي، وذلك لاختلاف طبيعة التعاقد في كل منهما، ومن ثم فلا ينبغي اشتراط وصول القبول إلى علم الموجب، بل يكفي مجرد تعبيره عن إرادته في القبول؛ إذ أن العقد ليس إلَّا الإيجاب والقبول، وقد حصلا من خلال قبوله في مجلس الوصول.

ثانياً: أن هناك صعوبة في تحديد انعقاد القبول، إذ قلنا بغير نظرية الإعلان، فليس من الميسور معرفة لحظة إرسال الخطاب، أو تسليم القبول، أو العلم به، بالإضافة إلى احتمال الإنكار، وتأخير الاطلاع عليه عمداً، وغير ذلك؛ مما يؤدي إلى عدم استقرار العقود، وإلى الفوضى التي ينبغي أن تكون المعاملات والعقود بمنأى عنها.

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/ ٣٠٩)، وجوسران: شرح القانون المدني بند (٥٢)، ومصادر كثيرة مشار إليها في رسالتنا: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ١١١٢).

ثالثاً: أن الأخذ بنظرية الإعلان من شأنها كسب الوقت حيث ينشأ العقد بمجرد إعلان القبول، ولا سيما في هذا العصر الذي يحتاج فيه إلى مزيد من السرعة في التبادل حتى لا تتعطل المصالح، في حين على ضوء بقية النظريات ينبغي انتظار فترة كبيرة، ولا سيما على ضوء نظرية العلم بالقبول، حيث يمكن أن يصله الجواب لكنه لا يطلع عليه، لأي سبب من الأسباب، ومع ذلك يؤدي إلى عدم معرفة نتيجة الصفقة.

ومع ذلك فإن القانون المدني المصري، والعراقي، أخذا بنظرية العلم بالقبول، وصرح الفقه الإنكليزي بأن القاعدة العامة المستقرة في القضاء الإنجليزي تقتضي وجوب إحاطة العارض بقبول العرض، ما لم يكن هناك اتفاق على التنازل عن الإحاطة[1].

معالجة الفقه الإسلامي للصعوبات الفنية المتعلقة بمجلس العقد في الوسائل الحديثة:

أولاً: مجلس العقد في التعاقد بالبرق، والتلكس، والناسخ (الفاكس):

عالج الفقه الإسلامي هذه المسألة عند بحثه عن مجلس العقد بين الغائبين سواء كان عن طريق الكتابة، أو الرسول، ونحن نذكر هنا بعض النصوص للفقهاء ثم نعقبها بالتعليق.

فقد صرح الحنفية بأن الأصل هو اتحاد المجلس بأن يقع الإيجاب والقبول في مجلس واحد، ولكن مجلس التعاقد بين الغائبين هو مجلس وصول الخطاب أو الرسول، قال الكاساني: «وأما الكتابة فهي أن يكتب الرجل إلى الرجل: أما بعد فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا؛ فبلغه الكتاب،

---

(١) مورانديه: شرح القانون المدني الفرنسي بند (٣٢)، ويراجع رسالتنا: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ١١١٤)، ومصادره التي اعتمد عليها في القانون الفرنسي والإنجليزي، والمصري، والعراقي، بالإضافة إلى المذاهب الفقهية الثمانية، ويراجع: د. وحيد الدين السوار، التعبير عن الإرادة، ط. مكتبة النهضة ١٩٦٠م (ص١٢٩).

فقال في مجلسه: اشتريت؛ لأن خطاب الغائب كتابة، فكأنه حضر بنفسه، وخاطب بالإيجاب، وقبل الآخر في المجلس...»[1].

وجاء في الهداية، والفتاوى الهندية وغيرهما: «والكتاب كالخطاب حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب، وإدراك الرسالة»[2].

ويقول النووي: «وإن قلنا: يصح ـ أي: البيع بالمكاتبة ـ، فشرطه ـ أي: القبول ـ بالكتب، وباللفظ. ذكره إمام الحرمين وغيره... قال الغزالي في الفتاوى: إذا صححنا البيع بالمكاتبة، فكتب إليه، فقبل المكتوب إليه؛ ثبت له خيار المجلس ما دام في مجلس العقد»[3].

ويظهر من هذه النصوص، وغيرها أن مجلس العقد بالنسبة للتعاقدية بالبرقية، أو التلكس، أو (الناسخ) الفاكس، هو مجلس وصول البرقية أو التلكس أو الفاكس، فإذا وصل وقرأه وقال قبلت، أو كتب الموافقة فقد انعقد العقد.

ومن الجدير بالتنبيه عليه أن اتحاد المجلس لا يشمل بعض العقود مثل الوصية والإيصاء، والوكالة، حيث إن القبول في الوصية يكون في مجلس آخر بعد وفاة الموصي[4].

ثانياً: وقت تمام العقد:

ذكرنا فيما سبق أن الفقه المدني الوضعي قد اختلف في هذه الرسالة اختلافاً كبيراً حتى توزعت مدارسه بين أربع نظريات، وهي: نظرية إعلان القبول، ونظرية تصدير القبول، ونظرية تسليم القبول، ونظرية العلم بالقبول.

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٩٤).
(٢) فتح القدير على الهداية (٥/ ٧٨، ٨٢)، والفتاوي الهندية (٣/ ٩).
(٣) المجموع (٩/ ١٦٧، ١٦٨).
(٤) مختصر أحكام المعاملات للشيخ (ص٧٩).

ونحن نعرض هنا بعض نصوص الفقهاء ليتبين لنا بوضوح وجهة نظرهم بهذا الخصوص ولا سيما أن بعض الباحثين أنكروا وجود وجهة نظر واضحة للفقه الإسلامي في هذا الصدد[1].

يقول المرغيناني الحنفي: «والكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب، وأداء الرسالة»[2]، ويقول الكاساني: «وأما الكتابة فهي أن يكتب الرجل إلى رجل: أما بعد، فقد بعت كذا منك، فبلغه الكتاب، فقال في مجلسه: اشتريت ـ أي: انعقد العقد ـ ؛ لأن خطاب الغائب كتابة فكأنه حضر بنفسه وخطاب بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس...»[3]، وقال تاج الشريعة: «وصور الكتابة أن يكتب رجل... فلما بلغه الكتاب وقرأه وفهم ما فيه قبل في المجلس؛ صح البيع، كذا في العيني...»[4]، وقال ابن عابدين: «فإن قبل ـ أي: الغائب ـ صح العقد»[5].

وهذه النصوص لفقهاء الأحناف تدل بكل وضوح على أن العقد بالكتابة، ومنها البرق والتلكس والفاكس، يتم بمجرد القبول الصادر من الشخص الموجه إليه، واعتبروا مجلس وصول المكتوب مجلس العقد، بل

(١) يقول الأستاذ السنهوري رحمه الله في مصادر الحق (٢/ ٥٤): «فلم نعثر على نص صريح في هذه المسألة يبين متى يتم العقد بين الغائبين، هل يتم بمجرد إعلان القبول، أو لا يتم إلَّا بعلم الموجب بالقبول...»، ولكن وجدنا نصوصاً ـ كما ترى ـ توضح وجهة نظر فقهائنا في هذه المسألة، وسبقهم إلى أدق نظريات نافعة. نعم إنهم لم يصرحوا بأن هذا القول يمثل النظرية الفلانية، لكن أقوالهم تدل عليها بوضوح.

(٢) الهداية مع فتح العناية (٥/ ٧٩).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٩٤).

(٤) الفتاوي الهندية (٣/ ٩).

(٥) حاشية ابن عابدين (٤/ ١٥).

اعتبروا المكتوب نفسه بمثابة حضور الموجب الكاتب نفسه، فعلى ضوء ذلك فإن الحنفية يقولون بنظرية إعلان القبول.

وأخيراً صدر قرار رقم ٥٤ (٦/٣) من مجمع الفقه الإسلامي الدولي حول هذه المسألة، هذا نصه: «إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجُدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ، الموافق ١٤ـ ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة بخصوص موضوع «إجراء العقود بوسائل بآلات الاتصال الحديثة».

ونظراً إلى التطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال وجريان العمل بها في إبرام العقود لسرعة إنجاز المعاملات المالية والتصرفات، وباستحضار ما تعرض له الفقهاء بشأن إبرام العقود بالخطاب والكتابة وبالإشارة وبالرسول، وما تقرر من أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد الملجس (عدا الوصية والإيصاء والوكالة) وتطابق الإيجاب والقبول، وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد، والموالاة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف.

قرر:

١ ـ إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة «الرسول»، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

٢ ـ إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى

الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

٣ ـ إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجاباً محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه.

٤ ـ إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

٥ ـ ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات.

انتهى قرار المجمع.

التجارة الإلكترونية:

تطورت وسائل الاتصالات خلال العقد الأخير من القرن العشرين بشكل كبير، وخصوصاً في مجال استخدام الكومبيوتر (الحاسوب) والإنترنت، حيث بدأ استخدام الإنترنت للأغراض التجارية منذ عام ١٩٩٢م من خلال شبكة الويب العالمية، ثم تطورت هذه المواقع التجارية وازدادت حتى بلغ عددها مائة وعشرة آلاف موقع إلى نهاية عام ١٩٩٥م، بل وصل الأمر إلى أنه يتم عبر الإنترنت تجارة دولية للسلع والخدمات والمعلومات بمليارات من الدولارات يتم فيها الاختيار والمعاينة والتحديد، والدفع عبر الإنترنت.

فقد عرفت منظمة التجارة العالمية[١] التجارة الإلكترونية بأنها: مجموعة متكاملة من عمليات إنتاج، وتوزيع، وتسويق، وبيع منتجات بوسائل إلكترونية[٢].

(١) منظمة التجارة الدولية، أنشئت عام ١٩٩٤م من خلال اتفاقية ومعاهدات تلزم الدول المنضمة إليها مجموعة من القوانين والإجراءات في نطاق التجارة الدولية، والاستثمار، والملكية الفكرية، انظر: سمير اللغماني، منظمة التجارة العالمية عام ١٤٢٤هـ (ص٣٠).

(٢) محمد أحمد أبو القاسم: التسويق عبر الأنترنت، ط. دار الأمين، القاهرة ١٤٢٠هـ (ص١٧).

وقد بدأت المنظمات الدولية والتشريعات المحلية بتنظيم التجارة الإلكترونية من خلال القوانين المنظمة لها، فقد قامت لجنة الأمم المتحدة بوضع القانون التجاري الدولي (أونيسترال UNICITRAL) النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في ١٦/١٢/١٩٩٦م يتضمن ١٧مادة، كما صدر في الأردن قانون المعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠٠١م حيث اشتمل على ٤١ مادة.

والتجارة الإلكترونية تدخل في الأحكام السابقة التي ذكرناها في الفرع السابق الخاص بإجراء العقود بالوسائل الحديثة.

الشروط العامة لصحة الإيجاب والقبول

وحتى يتم العقد بالإيجاب والقبول اشترط الفقهاء عدة شروط، وهي:

الشرط الأول: أن يكون الإيجاب قائماً:

وذلك بأن لا يكون قد عدل عنه الموجب، أو أعرض عنه عند الجمهور[(١)]، أو انتهى مجلسه؛ لأنَّه إذا سقط الإيجاب فلا يتم الاتصال حتى ولو تم القبول، يقول النووي: «إذا وجد أحد شقي العقد من أحدهما اشترط إصراره عليه حتى يوجد الشق الآخر، واشترط أيضاً بقاؤهما على أهلية العقد، فلو رجع عنه قبل وجود الشق الآخر، أو مات، أو جن، أو أغمي عليه بطل الإيجاب، فلو قبل الآخر بعده لم يصح... ولو قال للمشتري بعتك فمات المشتري قبل القبول بطل العقد، فلو كان وارثه حاضراً فقبل، أو جن فقبل وليه لم يصح البيع، وهذا هو المذهب، وبه قطع الأصحاب في كل الطرق، وحكى الروياني وجهاً أنَّه يصح قبول الوارث، وهذا شاذ

---

(١) المصادر السابقة المذكورة في مسألة الإيجاب.

باطل...»[1]، غير أن المالكية قالوا: ليس للموجب حق العدول ما دام مجلس العقد قائماً حتى لو رجع عنه لا يعتد برجوعه، وكذلك إذا حدد له مدَّة محددة يلتزم بهذه المدة، قال الحطاب المالكي: «والذي تحصل عندي من كلام أهل المذهب أنَّه إذا أجابه في المجلس بما يقتضي الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقاً، وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقاً، وكذا لو حصل فاصل يقتضي الإعراض عمَّا كانا فيه حتى لا يكون جوابه جواباً للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع... ولا يشترط أن لا يحصل بين الإيجاب والقبول فصل بكلام أجنبي عن العقد ولو كان يسيراً كما يقول الشافعية»، وقال أيضاً: «والذي يأتي على المذهب أنَّ من أوجب البيع لصاحبه المتبايعين لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول، ولم يكن له أن يرجع قبل ذلك... ولو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعدُ بالقبول»[2].

الشرط الثاني: أن يكون الإيجاب والقبول متوافقين:

وذلك بأن يردا على محل واحد، وأوصاف واحدة، وإلَّا لا يتحقق العقد والتراضي، فإذا كان القبول مخالفاً للإيجاب بأن كان الإيجاب قد ورد على محل معين، والقبول على غيره بأن يقول الموجب: بعتك هذا الثوب، فقال المشتري: قبلت ذاك القلم مثلاً لم يتم التوافق والتراضي، فلا يترتب عليهما الأثر، أو كان الإيجاب مقيداً بوصف، والقبول مقيداً بوصف آخر، أو كان الإيجاب وارداً على بعض، والقبول على الكل لم يتم الرضا المزدوج في كل هذه

(١) المجموع (٩/ ١٦٩).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٠).

الأحوال[1]، قال الكاساني: «وأما الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع، وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قيل غير ما أوجبه، أو بعض ما أوجبه، أو بغير ما أوجبه، أو ببعض ما أوجبه: لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق»[2]، لكنه ثار الخلاف فيما إذا كان الخلاف لمصلحة الموجب بأن قال البائع: بعتك بألف، فقال المشتري: قبلت بألف وخمسمائة، أو قال المشتري: اشتريت منزلك بألف، فقال البائع: بعته لك بخمسمائة مثلاً، فهل ينعقد التراضي والعقد مع هذه المخالفة؟

ذهب جماعة[3] إلى أنَّ ذلك لا يضر، بل يدل على الرضا بأبلغ وجه فإنَّ من رضي أن يبيع منزله بألف فهو راضٍ بأكثر، وكذلك الأمر في المسألة الثانية، بل إن قبول القابل يتضمن عرض الموجب وزيادة، فلا يكون هناك في الواقع ونفس الأمر مخالفة بل موافقة، غير أنَّ الفقهاء قالوا في مسألة الزيادة على ما يتضمنه الإيجاب يحتاج إلى قبول الموجب؛ لأنَّه تمليك ولا يدخل

---

(١) يراجع تفصيل ذلك في: بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٩٠)، وفتح القدير (٥/ ٧٩ ـ ٨٢)، والبحر الرائق (٥/ ٢٨٨)، وبلغة السالك (٢/ ٢٤٣)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٤٠)، والمجموع (٩/ ١٦٩)، والوجيز للغزالي (١/ ١٤٠)، والروضة (٣/ ٣٤٠)، والغاية القصوى (١/ ٤٧٥)، والمغني لابن قدامة (٣/ ٥٦٥)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٢٩٥)، والنيل (٢/ ١١)، والمنتزع المختار (٣/ ٤).
ويراجع: د. العدوي، المصدر السابق (ص١٣)، ود. محمد سلام مدكور، المدخل (ص٥١٥ ـ ٥١٧)، ود. السنهوري، مصادر الحق (٢/ ٤١).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٩٠).

(٣) منهم الحنفية، جاء في الفتاوي الهندية (٣/ ٧): «ولو قال الآخر: بعت منك عبدي هذا بألف درهم، وقال المشتري: اشتريت بألفي درهم فالبيع جائز، فإن قبل الزيادة في المجلس فالبيع بألفي درهم، وإن لم يقبل صح بألف، ولو قال: اشتريت هذا العبد بألفين، فقال البائع: بعت منك بألف جاز البيع بألف»، ونحوه في الفتاوي الخانية (٢/ ١٢٧)، وحاشية رد المحتار على الدر المختار (٤/ ١٩).

الشيء في ملك أحد إلَّا برضاه، وأما في مسألة الحط ـ كما في المسألة الثانية ـ فلا يتوقف على القبول؛ لأنَّه إسقاط، وهو كما سبق يتم بالإيجاب وحده، لكنه يرتد بالرد لما فيه معنى التمليك[1].

وذهب جماعة منهم الشافعية في الراجح عندهم إلى عدم انعقاد العقد في مثل المسألتين السابقتين لوجود الاختلاف يقول النووي: «قال أصحابنا: يشترط موافقة القبول للإيجاب فلو قال: بعتك بألف صحاح فقال: قبلت بألفٍ قراضة، أو عكسه، أو قال: بألف حال فقبل بمؤجل، أو عكسه، أو قال: بألف مؤجل إلى شهر فقبل بمؤجل إلى شهرين، أو نصف شهر، أو قال: بعتكه بألف درهم فقبل بألف دينار، أو عكسه أو قال: بعتكه بألف فقال: قبلت نصفه بخمسمائة لم يصح بلا خلاف؛ لأنَّه لا يعد قبولاً... وفي فتاوى القفال: أنَّه لو قال: بعتكه بألف درهم فقال: اشتريت بألف وخمسمائة صح البيع. قال الرافعي: هذا غريب. وهو كما قال، والظاهر هنا فساد العقد لعدم الموافقة»[2].

والذي يظهر لنا رجحانه ترجيح رأي الجمهور، القائلين بصحة العقد ما دامت المخالفة لصالح الموجب، وحاجة الزائد إلى رضا الموجب وإن كان رضا ضمنيًّا، وذلك لأنَّ مبنى العقد على التراضي، وهو قد تحقق بتعبيره عنه عن قصد واختيار، فالرضا متحقق من أبلغ الوجوه، والتوافق قد تمَّ بالنسبة للمبلغ المتفق عليه، وما زاد عليه فالموجب إما أن يقبله، أو يرده؛ لأنه لا يدخل شيء في ملك إنسان إلَّا برضاه، فلو رد الزيادة ارتدت دون أن يؤثر في العقد، فعلى هذا لا يكون المشتري ملتزماً بالزيادة إلَّا إذا قبلها الموجب في مجلس العقد.

---

(١) يراجع: المصادر السابقة، والمصادر التي ذكرناها في الرضا المنفرد (ص١٢٥١) من مبدأ الرضا...

(٢) المجموع (٩/١٩٦ ـ ١٧٠)، وراجع: المنهاج مع شرح المحلي (٢/١٥٥).

الشرط الثالث: أن يضم الإيجاب والقبول مجلس العقد[1]:

والمراد به الزمان والمكان اللذان تتم فيهما عملية التعاقد.

ويبدأ مجلس العقد من وقت صدور الإيجاب، ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد ولم يظهر من أي واحد منهما إعراض، وينتهي بالتفرق بالبدن بأن يترك أحدهما، أو كلاهما المكان الذي تمَّ فيه الإيجاب، أو هو مع القبول عند جماعة[2] وينتهي أيضاً بإعراض أحدهما، أو كليهما عن التعاقد، وكذلك ينتهي بالتخيير بأن يقول أحدهما للآخر بعد الإيجاب والقبول: اختر، فإذا اختار فقد انتهى مجلس العقد عند جماعة[3].

وسبب مشروعيته الأدلة التي نذكرها عند أدلة القائلين بها، وأما العلة الفنية الفقهية له فهي أن الإيجاب كلام وهو عرض ينتهي بانتهاء آخر حرف منه، فإذا كان التلاقي مشروطاً يكون من الصعب جداً أن يلتقي به قبول

---

(١) يراجع في تفصيل ما يتعلق بمجلس العقد وخياره: بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٩٠)، وفتح القدير (٥/ ٧٨)، والبحر الرائق (٥/ ٢٨٨)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٩١)، وشرح الخرشي (٥/ ١٠٩)، وبلغة السالك (٢/ ٤٣٦)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٤٠)، والمجموع (٩/ ١٧٤)، والروضة (٣/ ٤٣٢)، والغاية القصوى (١/ ٤٧٥)، والمغني لابن قدامة (٣/ ٥٦٣)، والعدة شرح العمدة (ص٢٢٨)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٢٩٥)، والروض النضير (٣/ ٥١٣)، والبحر الزخار (٤/ ٣٤٥)، والمختصر النافع للحلي الإمامي (ص١٤٥).

(٢) وهم الشافعية، والحنابلة. انظر: الروضة (٣/ ٤٣٧)، والمغني لابن قدامة (٣/ ٥٦٣).

(٣) وهم الشافعية، والحنابلة في رواية. قال النووي في الروضة (٣/ ٤٣٧): «إن كل عقد ثبت فيه الخيار فإنَّه ينقطع بالتخاير... فهو أن يقولا: تخايرنا، أو اخترنا إمضاء العقد، أو أمضيناه، أو أجزناه، أو ألزمناه، وما أشبهها، فلو قال أحدهما: اخترت إمضاءه انقطع خياره، وبقي خيار الآخر...». وراجع المغني لابن قدامة (٣/ ٥٦٧).

الآخر، إذ عادة لا يبدأ إلَّا بعد انتهاء الأول، ومن هنا اعتبر المجلس الذي تمَّ فيه التعاقد مكاناً حصل فيه التلاقي، وانصهر فيه الرضاءان، واعتبر امتداده لعملية التعاقد، فتتهيأ للمتعاقدين فرصة التروي والتفكر، ومن جهة ثانية لم يسمح لهما أو لأحدهما أن يتراخى إلى حد الإضرار بالموجب مدة طويلة دون الرد على إيجابه، فوجب إذن تحديد حد معقول وهو مجلس التعاقد دون حصول إعراض من أحدهما فيه، قال الكاساني: «وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد، وهو اتحاد المجلس بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف المجلس لا ينعقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثمَّ قبل لا ينعقد لأنَّ القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس. . .، إلَّا أنَّ اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً، وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة»[1].

ويقول البابرتي في جواب من يقول: لم يبطل الإيجاب عقب خلوه عن القبول؟ ولم يتوقف على ما وراء المجلس؟:

«**وتقرير الجواب**: أنَّ في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسراً بالمشتري وفي إبقائه فيما وراء المجلس عسراً بالبائع، وفي التوقف على المجلس يسراً بهما جميعاً، والمجلس جامع للمتفرقات. . . فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر»[2].

ثمَّ إذا كان المجلس جامع المتفرقات فهل يشترط الفورية في القبول؟

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٩٢).

(٢) شرح العناية على الهداية المطبوع بهامش فتح القدير (٥/ ٧٨).

ذهب الجمهور: الحنفية[1] والمالكية[2] والحنابلة[3] إلى عدم اشتراط ذلك، وإنَّ من وجه إليه الإيجاب له الحق في القبول ما دام المجلس قائماً ولم يظهر من الموجب ما يدل على الإعراض عنه، وقد سبق أن المالكية قالوا إنَّ الإيجاب لا يبطل بالإعراض عنه إلَّا إذا انتهى المجلس[4].

وذهب الشافعية إلى اشتراط الفورية، ولكنه مع ذلك لا يضر الفصل اليسير، قال النووي: «يشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول، وأن لا يتخللهما كلام أجنبي عن العقد، فإن طال، أو تخلل لم ينعقد سواء تفرقا عن المجلس أم لا . . .»[5].

والسبب في الخلاف هو ملاحظة مصلحتي الموجب والقابل، فمصلحة الموجب تقتضي أن لا يكون إيجابه معلقاً إلَّا بقدر أن يتمكن القابل من الرد، وأمَّا مصلحة المشتري فتقتضي أن تعطى له الفرصة الكافية للتروي والتدبر، فقيَّد الجمهور المدة بمجلس التعاقد، في حين أنَّ الشافعية اشترطوا الفورية حتى يتم الاتصال والتلاقي؛ لأنَّ الضرورة هي التي اقتضت جواز تأخير القبول عن الإيجاب؛ لأنَّ القياس يقتضي أن يكونا مقارنين حتى يتصلا ويتلاقيا، لكن الضرورة أدَّت إلى جواز التأخير، ولا يخفى أن الضرورة تقدر بقدرها.

---

(١) فتح القدير (٥/ ٧٨)، والبحر الرائق (٥/ ٢٩٣)، ورمز الحقائق شرح كنز الدقائق (٣/ ٤)، والفتاوي الهندية (٣/ ٨)، ومجمع الأنهر (٢/ ٦)، وبدائع الصنائع (٦/ ٢٩٩٢)، والفتاوي البزازية (٤/ ٣٦٥).

(٢) بلغة السالك (٢/ ٣٤٣)، وبداية المجتهد (٢/ ١٧٠)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٤)، وشرح الخرشي (٥/ ٧).

(٣) الإنصاف للمرداوي (٤/ ٢٦٣)، وشرح زاد المستنقع مع حاشيته الروض المربع (٤/ ٣٢٩).

(٤) الروضة (٣/ ٣٤٠)، والمجموع (٩/ ١٦٩)، وفتح العزيز (٨/ ١٠٤)، وشرح المحلي على المنهاج (٢/ ١٥٤).

(٥) الروضة (٣/ ٣٤٠)، والمصادر السابقة.

ومن الجدير بالذكر أنَّ الخلاف قليل الجدوى على نطاق العمل والنتيجة حيث إنَّ الشافعية قد عوضوا هذه الفورية إعطاء حق الخيار للمتعاقدين بعد اتصال القبول بالإيجاب ما دام مجلس التعاقد باقياً.

والذي يظهر رجحانه هو قول الجمهور القاضي بإعطاء فرصة أطول للمشتري، إذ أنَّ الرجوع بعد القبول وإن كان جائزاً لكنه ليس من السهل تداركه أدبيًّا واجتماعيًّا، والتقييد بمجلس التعاقد هو أوسط الأمور.

ثمَّ إنَّه لا خلاف بين الفقهاء في أنَّ من وجه الإيجاب إليه بالخيار في أن يقبله، أو يرفضه ما دام المجلس قائماً، فإذا انتهى المجلس ولم يقبله أو قام من المجلس فقد بطل الإيجاب بالاتفاق[1].

وأما الموجب قبل القبول فهو أيضاً بالخيار في أن يسحب إيجابه ويلغيه بإرادة أخرى خلافاً للمالكية ـ كما سبق ـ لكنهم اتفقوا جميعاً في أنَّ اللزوم يتم إذا تمَّ الإيجاب والقبول بشروطهما، وانتهى مجلس التعاقد[2]، أما إذا تلاقيا لكن المجلس لم ينته بعد، فهل تم اللزوم بمجرد تلاقيهما، أم يبقى للمجلس أثر؟ وبعبارة أخرى: هل يبقى للمتعاقدين، أو لأحدهما الخيار، والحق في رفض التعاقد ما دام المجلس باقياً؟

هذا ما ثار فيه خلاف بين الفقهاء، فذهب الحنفية[3]

---

(١) قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/ ١٧٠): «ولا خلاف فيما أحسب أنَّ الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس، أعني أنَّه متى قال البائع قد بعت سلعتي بكذا أو كذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا، ثمَّ أتى بعد ذلك فقال: قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع». ومثله قال ابن هبيرة في الإفصاح (ص٣٢٠).

(٢) المصادر السابقة. وذكر الاتفاق على ذلك ابن هبيرة في الإفصاح (٣٢٠) وغيره.

(٣) فتح القدير (٥/ ٨١)، والفتاوي الهندية (٣/ ٨)، ورمز الحقائق (٣/ ٣)، ومجمع الأنهر (٢/ ٧).

والمالكية[1] إلى أنَّ العقد قد لزم باتصال القبول بالإيجاب، فلا يبقى بعد ذلك أي حق للتخاير إلَّا إذا اشترط أحدهما أو كلاهما خيار الشرط بأن يشترط لنفسه حق الخيار لمدة معينة، وحكي هذا عن عمر بن الخطاب وربيعة والنخعي[2].

وذهب الشافعية[3]، والحنابلة[4]، والظاهرية[5]، والإمامية[6] والزيدية[7] إلى أنَّ العاقدين بالخيار ما دام مجلس العقد قائماً. وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين، منهم: علي بن أبي طالب، وابن عمر، وابن عباس، وأبو هريرة، وأبو برزة الأسلمي من الصحابة. وهو مذهب ابن المسيب، وطاووس، وعطاء، وشريح، والحسن البصري، والشعبي، والزهري، والأوزاعي، وإسحاق، وأبي ثور، وأبي عبيد. وبه قال سفيان بن عيينة، وابن المبارك، وابن المديني، وسائر المحدثين[8].

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ١٧٠)، وشرح الخرشي (٥/ ١٠٩)، والفواكه الدواني (٢/ ١٢٤)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٩١).

(٢) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ١٧٥)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/ ٤٠٩)، وفتح القدير (٥/ ٨)، والمجموع للنووي (٩/ ١٨٤)، والمغني لابن قدامة (٣/ ٥٦٣).

(٣) الأم للشافعي (٣/ ٣)، والوجيز للغزالي (١/ ١٤١)، وفتح العزيز (٨/ ٢١١)، والمجموع (٩/ ١٨٤)، والروضة (٣/ ٤٣٣)، والغاية القصوى (١/ ٤٧٥)، وشرح المحلى على المنهاج (٢/ ١٨٩).

(٤) المغني لابن قدامة (٣/ ٥٦٣)، والإنصاف (٤/ ٣٦٣)، والروض المربع (٤/ ٤١٣)، والعدة شرح العمدة (ص٢٢٨).

(٥) المحلَّى لابن حزم(٩/ ٢٩٥).

(٦) المختصر النافع للحلي (ص١٤٥).

(٧) الروض النضير (٣/ ٥١٣)، والبحر الزخار (٤/ ٣٤٥).

(٨) المجموع (٩/ ١٨٤)، والمغني لابن قدامة (٣/ ٥٦٣).

وهذا الخيار في العقود اللازمة الواقعة على العين، وأمَّا العقود غير اللازمة فليس فيها خيار المجلس، وكذلك العقود الواردة على المنفعة كالنكاح[1]، والإجارة في وجه عند الشافعية.

قال النووي: «قال أصحابنا العقود ضربان:

أحدهما: العقود الجائزة: إما من الطرفين كالشركة، والوكالة، والوديعة، والعارية، والدين، والقراض، والجعالة. وإما من أحدهما كالضمان، والرهن، والكتابة؛ فلا خيار فيها كلها؛ لأنَّه متمكن من الفسخ متى شاء، وفي وجه ضعيف يثبت الخيار في الكتابة، والضمان...

الضرب الثاني: العقود اللازمة، وهي نوعان: واردة على العين، وواردة على المنفعة.

والأول: كالبيع والصرف... والتولية، والتشريك وصلح المعاوضة؛ فيثبت فيها كلها خيار المجلس، ويستثنى منها صور، إحداها: إذا باع ماله لولده ـ على وجه ـ... الرابعة: في ثبوت الخيار في شراء الجمد (الثلج) في شدَّة الحر وجهان...

والنوع الثاني: العقد الوارد على المنفعة فمنه النكاح ولا خيار فيه... أمَّا الإجارة على الذمة فيثبت فيها قطعاً كالسلم (وكذلك الإجارة على العين). وأما المساقاة ففي ثبوت خيار المجلس فيها طريقان أصحهما: فيه الخلاف السابق... وأما المسابقة فكالإجارة...»[2].

---

(١) قال ابن هبيرة في الإفصاح (ص٣٢٠): «واتفقوا على أنَّ خيار المجلس لا يثبت في العقود التي هي غير لازمة، كالشركة والوكالة، والمضاربة... ولا في العقود اللازمة التي لا يقصد منها العوض كالنكاح، والخلع، والكتابة».

(٢) المجموع (٩/ ١٧٥ ـ ١٧٨)، والروضة (٣/ ٤٣٢). وقد ذكر الحنابلة أيضاً أنَّ خيار المجلس يثبت في البيع، والإجارة على الصحيح من المذهب، وفي الصرف، والسلم على الأصح، والمساقاة على رواية، قال العلامة المرداوي في الإنصاف =

والراجح هو رأي الشافعية والحنابلة ومن معهم؛ وذلك للحديث الصحيح المتفق عليه، وهو «البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلَّا بيع الخيار»[1].

مجلس العقد بين الغائبين:

لا يخفى أن مجلس العقد بالنسبة للمتعاقدين الحاضرين واضح يسهل تصوره، وإنما الصعوبة تأتي لتصوير مجلس التعاقد فيما بين الغائبين، وذلك لأن الأصل في الرضاء المزدوج أن يكون أحد الرضاءين متصلاً بالآخر ومقارناً له، لكنه اعتبر المجلس جامعاً لهما بالنسبة للحاضرين.

أما بالنسبة للغائبين، فإن القبول يتأخر كثيراً عن الإيجاب، وذلك لأن التعاقد بينهما إما أن يتم عن طريق الكتابة، أو الرسول بأن يبعث الموجب مكتوباً إلى من يوجه إليه، متضمناً رغبته في إنشاء العقد وإيجابه، أو يبعث رسولاً فيقول له: اذهب إلى فلان وقل له: إن فلاناً باع منك منزله بكذا. فمجلس التعاقد في هاتين الحالتين هو مجلس وصول الخطاب، أو أداء الرسالة، ويقول المرغيناني: «والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر

= (٤/ ٣٦٦ ـ ٣٦٨): «وشمل قوله: (ولا يثبت في سائر العقود) ـ غير ما استثناه ـ مسائل: منها: الهبة... على المذهب... ومنها القسمة على الصحيح... ومنها الأخذ بالشفعة فلا خيار فيها على الصحيح من المذهب... ومنها سائر العقود اللازمة ـ غير ما تقدم ـ كالنكاح، والوقف، والخلع، والإبراء، والعتق على مال، والرهن، والضمان... ومنها جميع العقود الجائزة كالجعالة، والشركة، والوكالة، والمضاربة، والعارية، والوديعة، والوصية قبل الموت ونحو ذلك فلا يثبت فيها خيار المجلس». ويراجع: شرح زاد المستقنع مع حاشيته الروض المربع (٤/ ٤١٣ ـ ٤٢٠).

(١) صحيح البخاري مع الفتح، كتاب البيوع (٤/ ٣٢٨)، ومسلم، البيوع (٣/ ١١٦٣)، وسنن أبي داود مع عون المعبود (٩/ ٣٢٢)، والترمذي مع التحفة (٤/ ٤٤٨)، والنسائي (٧/ ٢١٧)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٦)، والموطأ (ص٤١٦).

مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة»[1].

ومن هنا ينعقد العقد بقبول القابل في مجلس وصول الخبر إليه، وتترتب عليه مسائل خيار رجوع الموجب، وخيار المجلس.

فالموجب الذي بعث بإيجابه إلى شخص له الحق في الرجوع عند الجمهور ما دام لم يقبله الآخر، سواء علم به الطرف الآخر بالرجوع، أو لم يعلم، حتى لو قبل بعد ذلك لا يتم العقد؛ غير أنه إذا وكل شخصاً بالبيع ثم عزله، لكن الوكيل لم يعمل بهذا العزل فباع، فبيعه نافذ، إلَّا أن المالكية ذهبوا إلى أن الإيجاب يكون ملزماً إذا كان بصيغة الماضي ـ كما سبق ـ .

وأما خيار المجلس فهو أيضاً متحقق؛ فالقابل بعد قبوله ما دام في المجلس له الحق في الرجوع عنه، وإذا لم يقبله في المجلس فقد سقط الإيجاب، لكن فرص رجوع الموجب بعد قبول القابل عن إيجابة نادرة إلى حد بعيد، لكنها مع ذلك متصورة بأن بعث إليه بخطاب فقبله، ثم رجع عنه قبل قيامه عن المجلس، أو بعث الموجب إليه بالرجوع ووصله قبل أن يقوم من مجلسه؟ فقد تم الرجوع، يقول النووي: «قال الغزالي: إذا صححنا البيع بالمكاتبة فكتب إليه، فقبل المكتوب إليه! ثبت له خيار المجلس ما دام في مجلس القبول. قال: ويتمادى خيار الكاتب إلى أن ينقطع خيار المكتوب إليه، حتى لو علم أنه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه صح رجوعه ولم ينعقد البيع، والله أعلم»[2].

وهناك تفاصيل وتفريعات لا يسمح طبيعة البحث بالخوض فيها[3].

---

(١) الهداية مع فتح القدير (٥/ ٧٩).

(٢) المجموع (٩/ ١٦٨).

(٣) يراجع في تفصيل ذلك: بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٩٣)، وفتح القدير مع شرح العناية (٥/ ٧٨ـ ٨٢)، والفتاوى الهندية (٣/ ٩)، والفتاوى البزازية بهامش الفتاوى =

الشرط الرابع: حصول العلم بالإيجاب والقبول:

وذلك بأن يكون كل من العاقدين قد حصل له العلم بما عبر عنه الآخر، بأن يفهم المراد منه[1] ويسمعه إذا كان التعبير بالقول، أو يراه إذا كان بالإشارة، أو يقرأه كما في الكتابة.

فالعلم الإجمالي بمضموني الإيجاب والقبول ضروري حتى يتم الارتباط، بل حتى يتحقق الرضا الكامل، يقول ابن الهمام: «البيع ينعقد بالإيجاب والقبول يعني إذا سمع كل كلام الآخر، ولو قال البائع: لم أسمعه؛ وليس به صمم، وقد سمعه من في المجلس. لا يصدق»[2].

فعلى هذا، فالمعيار في السماع موضوعي، منوط بالشخص المعقول، وليس شخصيًّا منوطاً بالعاقد نفسه، وقد ادعى صاحب الفتاوى الهندية أن سماع المتعاقدين كلامهما شرط لانعقاد البيع بالإجماع حيث يقول: «... وهو ـ أي: السماع ـ شرط انعقاد البيع بالإجماع، فإذا قال المشتري: اشتريت، ولم يسمع البائع كلام المشتري؟ لم ينعقد البيع»[3].

= الهندية (٤/ ٣٦٦)، والبحر الرائق (٥/ ٢٩٠)، وشرح الخرشي (٥/ ٠٠٠٤)، والفواكه الدواني (٢/ ١٥٨)، وبلغة السالك (٢/ ٣٤٣)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٠٠٠٣)، والمجموع (٩/ ١٦٨)، والروضة (٣/ ٣٣٩)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٣٤ ـ ٣٣٨)، وشرح زاد المستقنع مع حاشية الروض المربع (٤/ ٤١٣ ـ ٤٢٠)، والإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٦٣ ـ ٣٧٢)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٢٩٥)، والروض النضير (٣/ ٥١٣).

ويراجع: الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد (ص٢٠٥)، والشيخ علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات (ص٧٦)، ود. محمد سلام مدكور، المدخل (ص٥٢٠)، ود. الشيخ العدوي، المصدر السابق (ص١٧)، ود. السنهوري، مصادر الحق (٢/ ٤١ ـ ٥٩).

(١) سبق أن الحنفية لم يشترطوا أن يفهم العاقد ما يتلفظ به في الطلاق.

(٢) فتح القدير (٥/ ٧٤).

(٣) الفتاوى الهندية (٣/ ٣).

ومثله جاء في كثير من الكتب الحنفية، فقد ورد في الفتاوي البزازية دعوى الإجماع على شرط السماع في البيع، وكذلك في النكاح والخلع في المختار[1]، حتى اشترط بعضهم سماع من وجه إليه القبول سماع رجوع الموجب[2]، وكذلك الأمر عند غيرهم[3].

ومن الجدير بالتنبيه عليه أن ذكر السماع هنا ليس للدلالة على أن الرؤية، أو نحوها لا تكفي، بل للإشارة إلى أن الكلام هو سيد التعبيرات، وهو الغالب دائماً في طرق التعبير، وإلَّا فإن الأصم يصح بيعه وشراؤه مع أنه لا يسمع، فعلى هذا؛ فالشرط هو السماع، أو بلوغ الخبر، أو الرؤية، وبعبارة موجزة: تحقق العلم[4].

---

(١) الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية (٤/ ٤٦٤).

(٢) جاء في الفتاوي الهندية (٣/ ٨) «وللموجب أياً كان أن يرجع قبل الآخر... ولا بد من سماع الآخر رجوع الموجب كذا في التتارخانية. وفي اليتيمة: يصح الرجوع وإن لم يعلم به الآخر، كذا في البحر الرائق: لو قال البائع: بعت منك هذا العبد بكذا، ثم قال: رجعت، ولم يسمع البائع، وقال: اشتريت؛ ينعقد البيع، كذا في الظهيرية».

(٣) قال البنا في حاشيته على شرح الزرقاني على مختصر خليل (٥/ ٥، ٦): «وقال البرزلي في نوازله: رجل قال في سلعة وقد عرضها: من أتاني بعشرة فهي له، فأتاه رجل بذلك؛ إن سمع كلامه، أو بلغه فهو لازم، وليس للبائع منعه، وإن لم يسمعه ولا بلغه، فلا شيء عليه». فقد اشترط السماع أو البلوغ، وهكذا الأمر عند الشافعية في الراجح عندهم. انظر: المجموع (٩/ ٦٧).

(٤) لكن الحنفية اشترطوا في بلوغ الخبر أن يكون بإذن من الموجب، يقول صاحب الفتاوى الهندية (٣/ ٩): «وإذا قال: بعت هذا من فلان الغائب بكذا، فبلغه الخبر، فقبل؛ لا يصح، ولو قبل عنه إنسان في المجلس؛ توقف على إجازته... ولو قال: بعته منه فبلِّغه يا فلان، فبلغه رجل آخر؛ جاز...»، ولم يشترط الأمر بالتبليغ المالكية، والشافعية. انظر: حاشية البنا على الزرقاني (٥/ ٥، ٦)، والمجموع (٩/ ١٦٧).

وهذا الشرط ـ أي: تحقق السماع، أو العلم بما عبر عنه الآخر ـ قد ذكره الفقهاء في التعاقد بين الحاضرين، وذلك ممكن ميسور.

لكن الصعوبة تأتي في التعاقد بين الغائبين: فهل يشترط تحقق السماع أو العلم، بحيث لا يتم التعاقد بينهما إلَّا إذا وصل خبر القبول إلى الموجب، وهذا ما يسمى في الفقه الحديث بنظرية العلم بالقبول؟ أم أنه يكتفي فيه بقبول القابل فقط، وهذا ما يسمى في الفقه الحديث بنظرية إعلان القبول؟[1].

والذي يظهر بوضوح من نصوص الكتب الفقهية لمختلف المذاهب الفقهية أن العقد بين الغائبين يتم بمجرد إعلان القبول قبل رجوع الموجب عن إيجابه، فكما أن رجوع الموجب عن إيجابه لا يشترط أن يكون قد علم به من وجه إليه بحيث لو سحب إيجابه قَبْل قبوله لم يتم العقد، وإن كان الطرف الثاني لم يعلم به وقبل إيجابه، فالعلم بهذه الأمور في إنشاء العقود لا يؤثر، وإن كان يؤثر في بعض الأحوال كعزل الوكيل[2]، فكذلك الأمر في القبول، فلا يشترط أن يعلم به الموجب.

عيوب الرضا

المقصود بعيوب الرضا: الخلل الذي يقع أثناء التعاقد فتؤثر في الرضا لأحدهما أو كليهما فيجعله معدوماً أو ناقصاً، مثل الإكراه، والغلط، والتدليس والاستغلال.

وبعبارة أخرى: إن الخلل في عيوب الرضا قد جاء بسبب أمر خارجي عن صاحب الرضا، أما إذا كان الخلل داخليًّا، سواء كان عارضاً سماويًّا أو مكتسباً، مثل الجنون، والسفه والحجر بسبب الدَّين، ومرض الموت، فإنه يدخل في باب عوارض الأهلية ـ كما سبق ـ .

---

(١) يراجع في تفصيل ذلك: د. وحيد الدين سوار، المصدر السابق (ص٦٠٣).
(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٩٤).

ونحن هنا نشرح بإيجاز هذه العيوب الثلاثة: الإكراه، والغلط، والتدليس:

١ ـ الإكراه

الإكراه لغة: مصدر أكره، فيقال: أكرهه؛ أي: حمله على أمر هو له كاره، أو حمله عليه قهراً[١].

وفي الاصطلاح نجد عدة تعريفات[٢]، نرى أن أرجحها تعريفه بأنه: تهديد القادر غيره بضرر على أمر بحيث لولا خوفه من تنفيذ ما هدده به لما أقدم عليه.

معيار الإكراه والفرق بينه وبين الإلجاء والاضطرار:

وإنَّ معيار الإكراه يتحقق بعنصرين هما:

(أ) التهديد ممن له القدرة على تنفيذ ما هدده به، إن لم يبدأ بالتنفيذ[٣].

(ب) إحداث الخوف في نفس المكره[٤].

الفرق بين الإكراه والإلجاء:

والمقصود بالإلجاء في علم الأصول هو جعل الشخص لآخر في حالة لا مندوحة له على الفعل، ويكون آلة بيد الملجىء كمن يلقي شخصاً من شاهق فيوقعه على شخص فيقتله[٥].

---

(١) القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط، مادة (كره).

(٢) يراجع: المبسوط للسرخسي، ط. السعادة (٢٤/ ٣٨)، وفتح القدير (٥/ ١٠٩)، وبدائع الصنائع (٩/ ٤٤٧٩)، وكشف الأسرار (١٣/ ٣٨٣)، وفتح الباري (١٢/ ٣١١)، وروح المعاني (٣/ ١٢)، وشرح الكوكب المنير (١/ ٥٠٨)، وإعلام الموقعين (٤/ ٥١).

(٣) الروضة (٨/ ٥٨، ٥٩).

(٤) المصادر السابقة.

(٥) المصادر السابقة.

والإلجاء بهذا المعنى ينافي التطليق، وهو غير مصطلح (الإكراه الملجىء) عند الحنفية، حيث إنه عندهم عبارة عن التهديد بالقتل ونحوه ـ كما سيأتي ـ .

والإلجاء يختلف عن الإكراه الذي عرَّفناه من عدة وجوه:

الوجه الأوَّل: أنَّ الإكراه يبقى معه نوع من القدرة على الفعل أو الترك، أمَّا الإلجاء بهذا المعنى فهو لا يبقي للشخص المُلْجأ أي قدرة، بل جعل آلة للتنفيذ.

الوجه الثاني: أن الإلجاء إما يتحقق بالفعل، وأما الإكراه، فمعياره الأساس هو التهديد.

الوجه الثالث: أن المكره بالمعنى الذي ذكره له الجمهور مكلف، ولكنه معذور في بعض الأمور، ولذلك أجمع العلماء على أنه مكلف في القتل ونحوه كما قال الزركشي: (وقد أجمع العلماء قاطبة على توجه النهي إلى المكره على القتل، وهذا عين التكليف)[1]، وقال إمام الحرمين: (المكره لا يمتنع تكليفه لإمكان الفهم والامتثال وإن كان على كره)[2].

الفرق بين الإكراه والاضطرار:

الاضطرار: هو أن تدفع حالة حرجة للإقدام على إنشاء تصرف، مثل أن يضطر المدين حماية لعرضه لبيع ماله لدفع دينه[3]، وسمَّاه الفقهاء تصرفات المضطر، حيث اختلفوا في حكمها، فذهب الجمهور إلى صحة عقوده مع الكراهة، وإن كان الواجب على الدائن النظرة إلى الميسرة، ولكن قد يصل الأمر في هذه الحالة إلى الحرمة والحظر إذا استغل المشتري

---

(١) البحر المحيط للزركشي، مخطوط الدار (ج ١) ورقة (١١٣).

(٢) البرهان (١/ ١٠٦).

(٣) يراجع: القاموس المحيط (٢/ ٧٧)، والمصباح المنير (٢/ ٦)، والمجموع (٩/ ١٦١).

اضطراره فاشتراه بثمن بخس أو بغبن فاحش[١].

فعلى ضوء ذلك فإن التهديد في الإكراه تهديد خارجي مباشر، وأما التهديد في الاضطرار فهو غير مباشر، كما أن المهدد به في الإكراه محدد واقع، أما في الاضطرار فليس كذلك، إضافة إلى أن الإرادة مع الإكراه معيبة بوضوح، أما مع الاضطرار فليست كذلك[٢].

أقسام الإكراه:

لقد قسَّم الفقهاء الإكراه إلى عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، فقسَّمه الحنفية والزيدية[٣] إلى إكراه ملجىء، وإكراه غير ملجىء[٤].

فالأوَّل هو ما كان الإكراه بإتلاف نفس، أو قطع عضو ـ ولو كان أنملة ـ والضرب الذي يفضي إلى تلف نفس، أو عضو، قلَّ الضرب أم كثر، ومنهم من قدره بعدد ضربات أدنى الحدود، قال الكاساني: «وهو غير سديد لأنَّ المعول عليه تحقق الضرورة، فإذا تحققت فلا معنى لصورة العدد»[٥]،

---

(١) يراجع: حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٩)، والدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٦)، والمجموع (٩/ ١٦١)، وكشاف القناع (٣/ ١٠٥)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٦٣٩).

(٢) ذهب بعض العلماء إلى أن الاضطرار أعم من الإكراه، يراجع للمزيد: محمد زكريا البرديسي: الإكراه بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد في ديسمبر/ كانون الأول ١٩٦٠م.

(٣) انظر: المبسوط (٢٤/ ٣٩)، وكشف الأسرار للبزدوي (٤/ ٣٨٣)، والهداية مع شرح العناية، وتكملة فتح القدير (٧/ ٢٩٣)، وتيسير التحرير (٢/ ٣٠٧)، وفتح الغفار بشرح المنار (٣/ ١١٩)، وبدائع الصنائع (٩/ ٤٤٧٩)، وكتاب النيل (ص٢٦٠)، والتلويح على التوضيح (٢/ ٣٩٢).

(٤) المراد بالإلجاء هنا غير الإلجاء الذي ذكرناه في الفرق بينه وبين الإكراه ـ كما سبق ـ. فالإلجاء عند الحنفية هو إكراه وتهديد، وليس المراد به الإلجاء المصطلح عليه عند جمهور الأصوليين المتكلمين.

(٥) بدائع الصنائع (٩/ ٤٤٧٩).

وهذا النوع يسمى عندهم **بالإكراه التامّ** أيضاً؛ لأنَّ الإكراه قد بلغ ذروته، كما يسمى بالإلجاء؛ لأنه لا يبقى معه مجال حتى يكاد يكون المكرَه آلة في يد المكرِه.

والثاني: ـ أي: الإكراه غير الملجىء ـ وهو ما كان الإكراه بالحبس أو القيد أو الضرب الذي لا يخاف منه التلف، وليس فيه تقدير لازم سوى أن يلحقه منه الاغتمام البين. وهذا النوع يسمى أيضاً **بالإكراه الناقص**.

وهذا التقسيم للإكراه باعتبار المهدد به ونوعيته من الشدة أو الضعف.

وقسَّموه أيضاً باعتبار مدى تأثيره في الرضا والاختيار، إلى ثلاثة أقسام:

١ ـ **قسم يُعْدِم الرضا، ويُفْسِد الاختيار** ـ وإن كان لا يعدمه ـ وهو الإكراه الملجىء.

فالرضا لا يبقى له وجود مع الإكراه ـ كما سبق ـ ، وأمَّا الاختيار فيبقى معه، إذ الفعل يصدر منه باختياره، لكنه يفسد لكونه غير مستقل بل هو مستند إلى اختيار المكره ـ بالكسر ـ لأن الاختيار قصد، فإن استقل الفاعل في قصده فصحيح وإلَّا ففاسد[1].

٢ ـ **وقسم يعدم الرضا، ولكنه لا يؤثر في الاختيار، لا بالإبطال، ولا بالإفساد، وذلك حينما يكون التهديد بغير نفس، أو عضو**، بل **بأذى يقع على المكره مباشرة.**

٣ ـ **وقسم ثالث لا يؤثر في الاختيار**، ولكن يؤثر في الرضا بالإفساد، وهو ما كان الإكراه بشيء لا يقع مباشرة على المكرَه ـ بالفتح ـ بل يقع عليه تبعاً مثل التهديد بحبس أبيه، أو ولده، أو ما يجري مجراه.

---

(١) المصادر السابقة، ويراجع: التلويح على التوضيح (٢/ ٣٩٠).

والذي يظهر لنا رجحانه هو تقسيم الإكراه إلى أربعة أقسام[1]:

١ ـ **الإكراه التام المباشر**، وهو ما كان التهديد بإتلاف نفس المكره أو عضوه أو جميع ماله أو سجنه مؤبداً أو ضربه ضرباً يفضي إلى إتلاف منفعة عضو، أو إفشاء سر خطير.

٢ ـ **الإكراه التام غير المباشر**، وهو ما كان التهديد بإتلاف نفس من يؤثر أذاه على المكرَه ـ بالفتح ـ أو عضوه، أو إتلاد جميع ماله، أو سجنه مؤبداً. وسواء كان والده أم ولده، أم أخاه في النسب أو الإسلام، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾[2]، وقال عليه السلام: «لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه»[3]؛ ولأنَّ المعيار في الإكراه هو إحداث الخوف وذلك يتحقق في قلب المؤمن حينما يرى، أو يعلم إيقاع الضرر على أخيه المسلم.

٣ ـ **الإكراه الناقص المباشر**، هو ما كان التهديد بضرب المكره ضرباً لا يفضي إلى الموت أو إتلاف عضو أو منفعته أو بحبسه أو بإتلاف بعض ماله، أو نحو ذلك.

٤ ـ **الإكراه الناقص غير المباشر**، وهو ما كان التهديد بضرب من يؤثِّر أذاه في المكرَه ـ بالفتح ـ أو حبسه أو نحو ذلك.

---

(١) يراجع في تفصيل ذلك: فتاوى قاضي خان المطبوعة بهامش الفتاوى الهندية (٣/ ٤٨٥، ٤٨٦)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٦)، وشرح الخرشي على مختصر الخليل (٥/ ٨)، وفتح العلي المالك (٢/ ٩٣)، والفواكه الدواني (٢/ ١١٠)، وبلغة السالك (٢/ ٣٤٦)، والبهجة بشرح التحفة (٢/ ٧٦)، وشرح ابن مباره (٢/ ١٢، ١٣)، وكشف القناع (٣/ ١٥٠).

(٢) سورة الحجرات: الآية ١٠.

(٣) رواه البخاري في صحيحه مع الفتح (١/ ٥٦، ٥٧).

أثر الإكراه في العقود:

هناك تفصيل كبير بين منهج الحنفية، ومنهج الجمهور في أثر الإكراه على العقود، وذلك لأن الحنفية فرَّقوا بين العقود القابلة للفسخ[١] كالبيع حيث يؤثر فيه الإكراه، والعقود التي لا تقبل الفسخ كالنكاح حيث لا يؤثر فيها ـ كما سبق ـ .

وأما الجمهور فقد جعلوا للإكراه تأثيراً في جميع العقود لأدلة معتبرة، سواء كانت العقود مما يسميه الحنفية: العقود التي لا تقبل الفسخ كالنكاح والطلاق ونحوهما، أو ما يسمونها: العقود التي تقبل الفسخ كالبيع والإجارة ونحوها[٢]، حيث تكون فاسدة مع الإكراه وباطلة.

أثر الإكراه في العقود القابلة للفسخ:

ونحن هنا نتحدث عن أثر الإكراه في العقود القابلة للفسخ؛ أي: العقود المالية، **حيث اختلف الفقهاء فيه على أربعة آراء:**

الرأي الأول: أنَّ الإكراه عليها يجعلها باطلة:

وهذا ما يقول به الشافعية[٣] والحنابلة ما عدا صاحب الفائق[٤] والظاهرية[٥]، وابن رشد، وابن العربي وابن جزي[٦] من المالكية

---

(١) المقصود بعدم القابلية للفسخ: أي (الإقالة)، وهذا مصطلح خاص بالحنفية، والجمهور يرون قابليتها للفسخ بالعيوب.

(٢) يراجع لمزيد من التفصيل والتأصيل: مبدأ الرضا في العقود (ص٤١٠ ـ ٤٥٩) من الجزء الأول، مع مصادره المعتمدة.

(٣) المهذب مع شرحه المجموع (٩/ ١٥٩)، والتمهيد للإسنوي (ص١٢٠ ـ ١٢٣).

(٤) الإنصاف (٤/ ٢٦٥).

(٥) المحلى (٩/ ٢٥٨).

(٦) ويظهر مما ذكره ابن جزي في القوانين الفقهية (ص٢١١، ٢١٢): إنَّ هذا هو رأي المذهب لأنه قال: «فيشترط في كل من البائع والمشتري ثلاثة شروط . . .=

والإمامية[1]، قال النووي: وهو مذهب الجمهور[2].

الرأي الثاني: أنَّ الإكراه عليها يجعلها فاسدة.

وهذا رأي الحنفية عدا زفر[3].

الرأي الثالث: أنَّ الإكراه عليها يجعلها غير لازمة.

وهذا مذهب جمهور المالكية، فقد قالوا: إنَّ من شروط لزوم البيع التكليف بمعنى الرشد والطوع، فلا يلزم بيع المكره إكراهاً حراماً وإن صح[4]. قال الشيخ عليش: «فأصل المذهب الذي رواه ابن القاسم، ومطرف، وابن عبد الحكم، وأصبغ عن مالك رضي الله عنه أن بيع المكره بغير حق شرعي غير لازم»[5].

= الثالث أن يكونا طائعين، فإن بيع المكره وشراءه باطلان»، وقد أسند هذا الرأي ابن ميارة في شرح تحفة الحكام (٢/ ١٢) إلى ابن رشد في نوازله بأنَّه يقول: إنَّ البيع الذي تمَّ بالتخويف بالسجن والقيد مفسوخ مردود شرعاً. لكن هذا الرأي لا يمثل رأي المذهب المالكي لأنَّ المذهب على أنَّه بيع غير لازم.
انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٦)، وشرح ابن ميارة (٢/ ٧٢)، وشرح الخرشي على مختصر الخليل (٥/ ٩)، حيث نص على أنَّ الطوع من شروط اللزوم، والفجر المنير على مجموعة العلامة الأمير، مخطوطة في مكتبتنا الخاصة (ج ٣)، ورقة (٣)،وبلغة السالك (٢/ ٣٤٦)، والفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني (٢/ ١١٠)، وفتح العلي المالك (٢/ ٩٣)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/ ٤١١).

(١) مسالك الإفهام للشهيد الثاني (٢/ ١٣).
(٢) المجموع (٩/ ١٦١).
(٣) بدائع الصنائع (٩/ ٤٤٨١، ٤٥٠٣).
(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٦)، وشرح الخرشي على مختصر الخليل (٥/ ٩).
(٥) فتح العلي المالك (٢/ ٩٣).

قال النفراوي المالكي: «فلا يلزم بيع المكره إكراهاً حراماً وإن لزم من جهة المشتري حيث كان رشيداً»[1].

الرأي الرابع: هو أنَّ الإكراه عليها يجعلها موقوفة.

وهذا رأي زفر[2].

الفرق بين هذه الأقوال الأربعة في التصرفات القولية القابلة للفسخ كالبيع والإجارة ونحوهما، هو أنَّ من يقول بأنَّها باطلة إذا تمت بإكراه يعني أنَّها لا يترتب عليها أي أثر، وهو مذهب الجمهور، بناء على أنَّ الظلم والحرام لا حريم لهما، وأنَّ مبنى العقود على القصد، فإذا فات انعدم ما يبنى عليه، إذن فلا يقبل التصليح والتصحيح، وأن من يقول بأنها فاسدة وهم الحنفية ـ عدا زفر ـ فإنَّهم يعنون أنَّ العقد منعقد لوجود الصورة والمحل، لكنه فاسد لعدم تحقق الرضا، فعلى هذا يمكن تصحيحه بأن يجيزه المكره ويرضى به، ومع ذلك فلكل منهما حق الفسخ لأنَّ العقد الفاسد ضعيف، فليس للمكرَه ـ بالفتح إجباره على الثمن، ولو هلك يقوم بالقيمة، لا بالثمن، وأنَّ من يقول بأنها موقوفة ـ وهو رأي زفر ـ يعني أنَّ العقد منعقد صحيح لكنه موقوف على إجازة المالك، فعلى هذا لو أجازه المالك يجوز، والبيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالإجازة كسائر البياعات الفاسدة فأشبه بيع الفضولي[3].

فالإمام زفر لاحظ وجود عدة فروق بين بيع المكره، والبيوع الفاسدة، فبيع المكره يلحقه الإجازة؛ لأنَّ الأمر يعود إليه، ولحقه، وأمَّا البيوع الفاسدة فلا تلحقها الإجازة لأنَّ الفساد لحق الشرع، ومن جهة ثانية أن بيع المكره لا يتملك بالقبض ولا يسقط حقه وإن تداولته الأيدي، وأمَّا البيوع الفاسدة

---

(١) الفواكه الدواني (٢/ ١١٠).
(٢) بدائع الصنائع (٩/ ٤٥٠٣، ٤٥٠٥).
(٣) بدائع الصنائع (٩/ ٤٥٠٣، ٤٥٠٤).

فتملك بالقبض، فهذه الفروق بينه وبينها دفعته إلى القول بأنَّه موقوف[1].

وأما من يقول بأنَّ بيع المكره ـ أو نحوه ـ غير لازم ـ وهم المالكية ـ فيعنون أنَّ بيع المكره ـ أو نحوه ـ صحيح لكنه غير لازم بالنسبة للمكرَه فقط، فهو إن شاء رده، ورد الثمن الذي قبضه إلَّا إذا تلف عنده بدون تفريط منه وأقام بينة على ذلك فلا يلزمه رد الثمن حينئذٍ لأنه أمانة في يده، وإن شاء أمضى العقد بالثمن المذكور في العقد، وله إجبار المكره على ذلك، وإن فات المتاع رجع بثمنه، أو بقيمته بالأكثر من ذلك[2].

فعلى هذا فالجمهور على رأس قائمة المتشددين الذين لم يعطوا للعقد المكره عليه أي أثر، يليهم الحنفية ـ عدا زفر ـ الذين جعلوا تصرفات المكره القابلة للفسخ فاسدة؛ أي: تنعقد لكنها فاسدة لحق المكره، ويترتب عليها بعض آثار، ثمَّ يليهم زفر الذي جعلها موقوفة أي: صحيحة لكنها تقف على إجازة المكره كبيع الفضول، فعلى هذا فليس للمكره ـ بالكسر ـ خيار، ثمَّ يليه المالكية الذين جعلوها غير لازمة وهو أخف من الوقف، بدليل اعتبار المالكية بالاتفاق وبالثمن الذي ذكر فيه ـ كما سبق ـ .

الأدلـة:

استدل الجمهور على بطلان عقود المكره المالية بالكتاب والسنَّة والقياس.

أما الكتاب: فكقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾[3].

---

(١) بدائع الصنائع (٩/ ٤٥٠٣)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ١٢٥)، ومختصر الطحاوي (ص٨٥).

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٦)، وشرح الخرشي على مختصر الخليل (٥/ ٨)، وتفسير القرطبي (١٠/ ١٨٤).

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩. وراجع: تفسير القرطبي (٥/ ١٤٩).

فقد دلَّت هذه الآية الكريمة على أنَّ كل مبادلة مالية لا تؤدي إلى حل أموال الناس إلَّا إذا تمت برضا الطرفين، فقد استثنى الله تعالى عن أكل أموال الناس بالباطل: التجارة عن تراض، فعلى هذا فكل تجارة لم يتوفر فيها رضا الطرفين غير مستثناة عن أكل أموال الناس بالباطل فتكون باطلة، ومن البديهي أنَّ الإكراه يؤثر في الرضا عند الجميع ـ كما سبق ـ فحينئذٍ لا يتحقق الشرط الذي اشترطته الآية الكريمة، فيكون العقد الذي تمَّ في ظله باطلاً لا قيمة له.

قال ابن العربي في تفسير هذه الآية: «وهذا نص على إبطال بيع المكره لفوات الرضا فيه، وتنبيه على إبطال أفعاله كلها حملاً عليه»[1].

وقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[2]، فقد دلَّت الآية الكريمة على أنَّ أكل مال الزوجة إنما يكون حلالاً لزوجها إذا كان عن طيب النفس، فإذا لم يتحقق هذا الشرط كان أكلاً خبيثاً حراماً، وللإنسان أن يتساءل: هل يمكن أن يتحقق بل يتصور طيب النفس مع الإكراه والتهديد؟

وأما السنَّة فقد وردت فيها أحاديث منها:

(أ) قوله ﷺ: «إنَّ الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، فهذا الحديث الصحيح أو الحسن ـ كما سبق ـ يدل على أن ما استكره عليه مرفوع عن الإنسان.

(ب) ما رواه البيهقي بسنده عن أبي سعيد الخدري أنَّ النبي ﷺ قال: «لألقين الله عزَّ وجلَّ من قبل أن أعطي أحداً من مال أحد شيئاً بغير طيب

(١) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٤١١).
(٢) سورة النساء: الآية ٤. وراجع: تفسير القرطبي (٥/ ٢٣)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣١٦).

نفسه، إنما البيع عن تراضٍ»[1]، وقد أشار النووي إلى قوة هذا الحديث من حيث السند[2].

وأما القياس فهو قياس عقود المكره المالية على تلفظه بالكفر بجامع كونهما من التصرفات القولية، قال الشيرازي: «ولأنَّه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح ككلمة الكفر إذا أكره عليها المسلم»[3].

واستدل الحنفية بهذه الأدلة لكنهم حملوها على الفساد لا على البطلان، وذكروا أنَّ الآيات مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[4]، والأحاديث الدالة على انعقاد البيع والإجارة ونحوها عامة لكل العقود التي توفرت فيها الأركان وشروط الصحة، وحينما ننظر إلى بيع المكره ـ مثلاً ـ نجد أنَّ ركنه وهو المبادلة قد تحقق فيه، كما أنَّه صدر عن أهل البيع وهو العاقل البالغ، وصادف محله وهو ثبوت الملكية له، إذن لا بدَّ أن يفيد الملك ويقتضي ترتيب الأثر، لكنه لوجود عدم الرضا يكون العقد فاسداً؛ لأن الفساد ليس في الأصل وإنما في الوصف، غير أن فساده لما كان بسبب عدم الرضا لا يثبت الملكية، ـ في الجملة ـ إلَّا بعد رضاه[5].

ويمكن أن نناقش أدلة الحنفية بأنَّ عموم الآيات والأحاديث مخصصة بآيات وأحاديث دلت على اشتراط الرضا في تحقق التجارة والمعاملات المالية، والرضا لا يتحقق مع الإكراه حتى عند الحنفية[6].

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ١٧).
(٢) المجموع (٩/ ١٥٨، ١٦١)، فقال: «فهذا مع ما ذكره المصنف هو المعتمد»، وما ذكره المصنف هو هذا الحديث.
(٣) المهذب مع شرحه المجموع (٩/ ١٥٨).
(٤) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.
(٥) بدائع الصنائع (٩/ ٤٥٠٤).
(٦) المصدر السابق نفسه، وشرح العناية مع تكملة فتح القدير (٧/ ٢٩٢)، وفتاوى قاضي خان، بهامش الفتاوى الهندية (٣/ ٤٨٣)، ومجمع الأنهر (٢/ ٤٢٨).

ثمَّ لا نسلم أن ركن البيع هو المبادلة فقط، بل ركن البيع هو التراضي فقط أو هو مع المبادلة، فحينئذٍ لا نسلم أنَّ الرضا شرط الصحة، بل هو ركن أو شرط لكنه للانعقاد وليس للصحة أو النفاذ، وبعبارة أخرى أنَّ دليلهم مُصَادَر بأنَّه في عين المطلوب، وأنَّه دليل في محل الخلاف، فالجمهور لا يحصرون أركان البيع في المبادلة، بل يجعلون التراضي والعاقدين ركنين من أركانه.

وأما زفر فقال: إن بيع المكره لا ينقصه إلَّا رضا المكره، فلذلك يتوقف على رضاه كتصرف الفضولي.

ونناقش دليله هذا بأنَّه قياس مع الفارق؛ لأنَّ رضا الشخص الذي يتصرف له الفضولي غير معلوم، وأما رضا المكره فمعلوم بأنَّه معدوم وأنه غير راضٍ به، وإلَّا لم يكن إكراهاً.

فالفضولي[١] إنما يقوم بتصرفه للغير لأجل أن يقدم له خدمة، كأن يعرف بحاجته للمعقود عليه وإنه إذا لم يقم هو فسوف لا تسنح له فرصة أخرى، فاحتمال رضا الشخص الذي اشترى له أو باع له قائم بل هو الغالب، وأمَّا المكره فهو حاضر وغير راضٍ.

وأيضاً يقام رضا الفضولي مقام رضاه لحين البت والحسم من قبل صاحب الشأن، وأي رضا يقام محل رضاه في الإكراه أو بعبارة أخرى أنَّ الرضا في بيع المكره معدوم قطعاً، وفي بيع الفضولي محتمل مع وجود رضا النائب، وأيضاً إنَّ الإكراه ظلم يجب رفعه والفضالة تعاون على الخير لمصلحة الجانبين أو أحدهما، فكيف يقاس الظلم على التعاون؟ بالإضافة إلى أنَّ عقد الفضولي باطل عند الكثيرين[٢].

---

(١) انظر: حاشية رد المحتار على الدر المختار (٥/١٠٦ ـ ١١٥).
(٢) يراجع: الغاية القصوى (١/٤٥٨).

وأما المالكية، فدليلهم قريب من هذا الدليل، وكل ما فعلوا هو أنهم سموا بيع المكره بالبيع غير اللازم، وهو مردود بما ذكرنا.

ولذلك لا يبقى أمامنا إلَّا ترجيح قول الجمهور القائلين ببطلان تصرفات المكره القولية مطلقاً، سواء كانت من القابلة للفسخ أو غير القابلة له؛ لأنَّ الشرع لم يفرق بينهما في الإكراه، وأدلة الإكراه ناطقة بعدم هذه التفرقة.

قال ابن رشد[1]: «ولكن الأظهر هو أنَّ المكره على الطلاق وإن كان موقعاً للفظ باختياره أنَّه يطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾[2].

فالقصد ركن من أركان التصرفات القولية لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»[3]، وللأدلة السابقة والإكراه إنما يسمى إكراهاً إذا أثر في القصد والرضا، لذلك يكون جزاء الإخلال به هو الإبطال، ثم إذا أراد المكره إنشاء عقد برضاه يبدأ من جديد ولا يستأنف عليه؛ لأن المحرم لا حريم له.

موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون مع التحليل:

تبين مما سبق أنَّ الفقه الإسلامي قد أخذ بالمعيار الشخصي ـ أي: رعاية أحوال المكره في تأثير الخوف فيه ـ.

وهذا ما أخذ به القانون المصري المدني في مادته (١٢٧) حيث نصَّت على أنه:

«١ ـ يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخذ في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس.

٢ ـ وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٨١، ٨٢).

(٢) سورة النحل: الآية ١٠٦.

(٣) سبق تخريجه.

للطرف الذي يدعيها: أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو، أو غيره: في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال.

٣ ـ ويراعى في تقدير الإكراه: جنس من وقع عليه الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه»[١].

فهذه المادة صريحة في اعتبار المعيار الشخصي، وعلى مثلها نصت المادة (١١٤) من القانون المدني العراقي[٢]، والفقه الإنجليزي[٣].

وأما القانون الروماني فقد أخذ بالمعيار الموضوعي ـ أي: نوعية جسامة التهديد ـ.

وأما القانون الفرنسي فقط خلط بين المعيارين المختلفين في مادته (١١١٢ م.ف)، وقد انتقدها الفقه انتقاداً شديداً ـ كما سبق ـ .

ثمَّ إنَّ القانون الإنجليزي قد ضيق مفهوم الإكراه حيث حصره على التهديد بأذى على الجسم، وأما التهديد بإيقاع الأذى على غير جسمه كماله ومتعلقاته فلا يعتبر إكراهاً، غير أنَّ قضاء العدالة قد عالج هذا الضيق من خلال فكرة النفوذ غير الواجب حتى أصبح بضم جميع مسائل الإكراه والزيادة.

وقد كان اتِّجاه القانون العراقي واضحاً في الاعتماد على الشريعة الإسلامية في موضوع الإكراه أكثر من غيره، فقد أخذ برأي المالكية، وزفر من الحنفية، حيث جعل جزاء الإكراه الوقف وعدم النفاذ فقد نص في مادته

---

(١) يراجع: د. السنهوري، الوسيط (١/ ٤٤٨)، ود. محمود جمال الدين، الوجيز ص١٥١.

(٢) يراجع: د. الحكيم، مصادر الالتزام (١/ ١٢٠)، ود. غنى حسون، الوجيز (١/ ١٧٦).

(٣) ونسون: المرجع السابق ص١٥٩.

(١٣٤ م.ع) على أنَّه: «إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر، أو إكراه أو غلط، أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد. . .»، ونص في مادته (١١٥ م. ع) على أنَّ: «من أكره إكراهاً معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده»، كما أنَّه نقل تقسيم فقهاء الحنفية للإكراه بعينه إلى المادة (١١٢ م. ع).

وأما القانون المصري فقد اتَّجه اتجاه القانون الفرنسي فجعل الجزاء على الإكراه قابلية العقد للبطلان، كما أنَّه لم يتطرق إلى التقسيمات.

هذا، ويتفق الفقه الوضعي مع الفقه الإسلامي في أنَّ الإكراه بحق لا يؤثر، أو لا يسمى في الحقيقة إكراهاً، فالإكراه المبطل أو المفسد للعقود هو ما كان غير مشروع، ومعنى مشروعيته هو أن يكون الإكراه وسيلة لإحقاق حق شرعي، وغالب الفقه الوضعي ـ كما سبق ـ على أنَّ العبرة في ذلك بالغاية والغرض، وهناك تفصيل واختلاف جزئي في بعض هذه المسائل بين الفقهين نظراً لاختلافهما في النظرة والمسلك.

وقد خالف القانون المصري في مادته (١٢٨ م.م) جمهور الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي في اشتراط علم المتعاقد الآخر في حالة وقوع الإكراه من غير المتعاقدين، وإن كان هذا الرأي يتفق مع رأي غير راجح داخل المذهب المالكي في اشتراط العلم[1]، غير أنَّه يختلف معه في الجزاء،

(١) وهذا الرأي غير راجح داخل المذهب المالكي، فالمذهب على أنَّ العقد غير لازم، وهذا يسمى عندهم بالإكراه على سبب البيع، وهذا فيه ثلاثة أقوال: المذهب عدم لزومه، والثاني لزومه للمصحلة، وهذا قول ابن كنانة قد اختاره المتأخرون، وأفتى به اللخمي وابن هلال وغيرهما، وجرى به العمل بفاس، والقول الثالث: إنما يسترد البائع المكره بضاعته إذا كان المشتري عالماً بالضغط وإلَّا فلا، وهذا قول ابن رشد في نوازله.
قال التسولي المالكي في (البهجة شرح التحفة ٢/ ٧٦): «وأما إن أكره على سبب البيع، كما إذا أكره على إعطاء مال ظلماً فباع أمتعته لذلك، فالمشهور أنه =

فجزاء الإكراه في فقه مالك عدم اللزوم والنفاذ، في حين أن الجزاء في القانون المدني المصري قابلية العقد للإبطال.

وهذا الشرط لا يتفق مع اعتبار الإكراه عيباً في الرضاء؛ لأنَّ الإكراه سواء كان علم به المتعاقد الآخر، أو لم يعلم، فإنه يعيب الرضا ويصيبه في عنصر حريته.

وقد برر البعض موقف القانون المصري بأنَّه راعى استقرار التعامل، ولاحظ جانب المتعاقد حسن النية وكيَّف صحة العقد «لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول، فإنَّ هذه الإرادة قد أفسدها الإكراه، ولكن على أساس الإرادة الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر»[1].

غير أن هذا التبرير غير مقنع؛ لأنَّ الإرادة الظاهرة نفسها إنما هي تعبير عن تلك الإرادة الباطنة، فهما وجهان لعملة واحدة، فالقضية ليست قضية الإرادة الباطنة، أو الظاهرة؛ لأنَّ كل ما يترتب على الإكراه هو أن تكون الإرادة معيبة في تكوينها، وأنَّ هذه الإرادة المعيبة في تكوينها هي نفسها التي حصل التعبير عنها، وجاء هذا التعبير مطابقاً لتلك الإرادة[2].

وأيضاً هذا التبرير لو صح فهو موجود في كل حالات الإكراه، ولذلك عادوا إلى تكييف آخر متمم للأول وهو: «أنَّ الإكراه إذا صدر من الغير، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به، أو يفرض حتماً أنَّه يعلم به، واختار

= مردود أيضاً، ويأخذ البائع شيئه بلا ثمن يدفعه للمشتري، وظاهره أنَّه يأخذه بلا ثمن ولو لم يعلم المشتري بالضغط. . . إلَّا إنَّ العالم آثم كالغصب وعليه الضمان مطلقاً، خلافاً لابن رشد في نوازله من أنَّه إنما يأخذه دون ثمن إن علم المشتري بالضغط».

وراجع: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٦)، وشرح الخرشي (٥/ ١٠).

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/ ١١٢، ٤٧١)، ود. جلال العدوي، الإجبار القانوني على المعاوضة (ص٦).

(٢) د. عبد الحي حجازي، الموجز (١/ ٦٠).

المتعاقد المكره إبطال العقد، فإنَّه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض[1]. وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً، فيقوم في هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة الحقيقية، بل على أساس من التعويض»[2].

فهذا البعض[3] قال في الأول: إنَّ العقد قائم على أساس الإرادة الظاهرة فقط، ثمَّ عاد فقال: إنَّه قائم على أساس التعويض، مما يبرهن على عدم الاطمئنان إلى أساس واحد منهما.

وكذلك يمكننا أن نناقش هذا القول بأنَّه ـ بالإضافة إلى أنَّه فكرة تسبب الخلط بين نظام المسؤولية، والنظم القانونية المختلفة ـ يثير التساؤل: لماذا يكون التعويض على حساب إرادة المكرَه الذي هو ضحية الإكراه؟ فالتعويض كما معروف يطالب به المكرَه لا المكرِه، حتى لو فرضنا أن التعويض على المكرَه المجني عليه، فلماذا يتعين أن يكون التعويض بإجازة العقد، ولا سيما إذا كانت الصفقة كبيرة، فأساس التعويض يكون بقدر ما أصاب المتضرر من ضرر، وأي تحديد عام للتعويض يكون غير عادل لا يقبله العقل وتأباه قواعد العدالة.

ثمَّ إنَّ مبنى العقود على الرضا، فليس من المعقول بناؤها على أساس التعويض، ثمَّ إنَّ هذا الشرط لا يتفق مع اعتبار الإكراه عيباً في الرضا، وقد اعترف هذا البعض نفسه بهذا فقال: «والذي يعنينا هنا هو الإكراه بوصفه عيباً في الرضا، فلا فرق إذن بين إكراه يصدر من أحد المتعاقدين، وإكراه يصدر من الغير، فكلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال»[4].

---

(١) بيدان (٨/ بند ١٢٦)، نقلاً عن السنهوري، الوسيط (١/ ٤٧١).
(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/ ٤٧١).
(٣) د. السنهوري، الوسيط (١/ ١١٢).
(٤) د. السنهوري، الوسيط(١/ ٤٧٠).

ثمَّ إنَّ القضاء والفقه في مصر متفقان على هذا الحكم في ظل القانون القديم، ولم يحدث أن خالف القضاء هذا الحكم، بل كان معياره الأساسي تحقق الإكراه سواء كان من أحدهما أو من الغير[1]، فما دام اتجاه القانون المصري الحالي لم يتغير في اعتبار الإكراه عيباً في الرضا لا نجد له مبرراً في استحداث هذا الشرط، فهو لا يزال لا يعتد في تكوين العقد إلَّا بالإرادة في معدنها الحقيقي حرة مختارة غير مضللة ولا واهمة[2]، إذن فاعتبار الخطأ والتعويض في هذه المسألة يعيدنا إلى الفكرة القديمة للإكراه لدى الرومان، ويبعدنا عن اكتفاء عيوب الرضا في الإبطال، وهذا ما نبذه اتجاه كل التشريعات الحديثة[3].

ولذلك كان رأي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن تحذف هذه المادة (١٢٨ م.م) الحالية، ثمَّ أعيدت بناء على إصرار الأستاذ السنهوري رحمه الله[4]، وقد كان يبغي وراء إقرارها، وإبقائها استقرار التعامل، بالإضافة إلى قياسه على الغلط والتدليس، غير أنَّ هذا القياس مع الفارق؛ لأنَّ الغلط ـ وكذلك التدليس ـ عيب في تنور الإرادة، يقع فيه المتصرف

---

(١) انظر على سبيل المثال: حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ إبريل/ نيسان ١٨٨٨م المذكورة في المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ (ص١٧١).
وراجع: د. السنهوري، الوسيط (١/ ٤٧٠) وغيرهما مما سبق.

(٢) د. السنهوري، الوسيط (١/ ١١٣).

(٣) كالقانون السويسري الذي لم يشترط علم المتعاقد الآخر بالإكراه، كما ألزم المكرِه ـ بالكسر ـ بالتعويض عن البطلان إذا اقتضت العدالة ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٩/ فقرة ٣) منه.
وأما القانون الألماني فلم يشترط علم المتعاقد الآخر حتى في التدليس (المادة ١٢٣) والقانون الإسباني في مادته (١٢٦٨)، والمشروع الفرنسي الإيطالي في مادته (١٧)، والنرويجي في مادته (٢٨/ ٢).
وراجع: د. جميل الشرقاوي، نظرية البطلان (ص٢٤٩).

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية (٢/ ١٨٣، ١٨٨).

بتوهمه أنَّ غايته تتحقق من إتمام التصرف ويندفع إلى إصداره، فإرادة الواقع في الغلط والتدليس حرة مختارة متجهة نحو تحقيق الآثار القانونية، في حين أنَّ إرادة المكره معدومة قانونيًّا وغير متجهة نحو إنشاء العقد مطلقاً؛ لأن الضغط الخارجي الذي تعرض له المكره قد أفقده الحرية فيما يريد أن يعبر عنه، ولذلك لا نحتاج إلى ظهور هذا الإكراه للطرف الآخر.

وأما الغلط والتدليس فاشترط فيهما ظهوره للطرف الآخر لتوضيح ما شابه توهم أو احتيال[1]، بالإضافة إلى أنَّ بعض الفقه قد رفض هذا الشرط حتى للغلط والتدليس[2].

ثمَّ إنَّ قضية استقرار التعامل يمكن معالجته من خلال شرط الجسامة، أو الدفع إلى التعاقد بإضفاء بعض القيود عليه حتى لا يصبح القانون موئلاً للجبناء والعبطاء[3].

ونلاحظ على المادة (١١٢) من القانون المدني العراقي بأنَّها تناولت أموراً خارجة عن نطاق مهمة التشريع كان من الأولى أن لا يقحم نفسه فيها. فقد عرَّفت الإكراه دون حاجة إلى التعريف، إذ يكتفي في النصوص التشريعية وضع ضوابط وأحكام، أما التعاريف فتلك مهمة الفقه يتصدى لها فتترك له

---

(١) د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق (ص٢٥١).

(٢) وهذه التفرقة بين الإكراه من جانب وبين الغلط والتدليس من جانب آخر من حيث اشتراط علم المتعاقد الآخر بالإكراه في الأول دون الأخيرين ترجع إلى تقاليد القانون الروماني.
انظر: بلانيول وربيير وبولانجيه (ج ٦ بند ١٩٤)، وجوسران، البواعث فقرة (٨١ ص١٠٥)، وبهجت بدوي، العقد (ص١٤٠)، ود. جميل الشرقاوي، البطلان (ص٢٤٩). هذا ولم يأخذ بالتفرقة بينهما بعض الفقه (سالي، التعبير عن الإرادة ص٦١)، كما لم يأخذ بها القانون الألماني في مادته (١٢٣).

(٣) د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق (ص٢٥١)، وشيفاليه، مقالته السابقة (ص١٦١)، وبلانيول، المطول (١/ ٨٨).

حتى تبقى فيها المرونة بالإضافة إلى أنَّها عرَّفت الإكراه بالإجبار... وهو فعل ووسيلة للإكراه، فكان الأولى أن تعرِّفه بما يشير إلى الجانب الأهم منه وهو الخوف الذي يؤثر في الرضا[١].

ثمَّ إنَّ هذه المادة قد تناولت تقسيم الإكراه إلى نوعين: ملجىء وغير ملجىء، والتعريف بكل واحد منهما، وهذا التقسيم ـ مع كونه بعيداً عن مهمة النصوص القانونية ـ لا ينضوي تحته أي فائدة، ولا يترتب عليه أي أثر في نطاق المعاملات، وهذا ما نص عليه القانون العراقي نفسه في مادته (١١٥) فقالت: «من أكره إكراهاً معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده»، إذن فما الفائدة من هذا التقسيم؟ ولذا نرى حذف المادة (١١٢).

كما أنَّ المادة (١١٦) من القانون العراقي معيبة ـ كما سبق ـ .

كما تناولت المادة (١٢٧) من القانون المصري بعض تفصيلات لا تليق بمهمة التشريع، فكان الأولى إغفالها[٢]. وكذلك انتقد الفقه الفرنسي نص المادة (١١١٢ م.ف) أيضاً بأنها اشترطت كون الأذى «حالاً»، وقد خرج الفقه عن منطوقها حينما فسرها بحلول الخوف من هذا الأذى.

والخلاصة:

أنَّ الإكراه المعتبر هو التهديد الباعث بخوف ـ من ألم ـ في نفس المكرَه أو غيره، بحيث يكون هو الدافع نحو التعاقد، وبهذا التعريف يخرج الإكراه المادي ـ بمعناه السابق في الفقه الوضعي، أو الإلجاء في الفقه الإسلامي غير الفقه الحنفي ـ كما تخرج حالات الضرورة التي لا تدخل في الإكراه لعدم حصول تهديد مباشر من شخص آخر، حيث يجب معالجة

---

(١) أي: أننا ما دمنا نقول بكون الإكراه عيباً في الرضاء لا بدَّ أن نعطي الأهمية في تعريفه لهذا الجانب في حين أنَّ التعريف بالإجبار يعطي الأهمية للفعل.

(٢) د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق (ص٢٤٨).

حالات الضرورة على أساس الاستغلال أو الغبن الفاحش أو نظرية الظروف القاهرة، لا على أساس الإكراه.

ثمَّ إنَّ لفظ: «غيره» في التعريف عام، لكنه قيد بقيد واحد وهو أن يكون التهديد بإيقاع الأذى عليه مما يؤثر في إرادته بحيث يكون الخوف منه هو الدافع نحو التعاقد، أو بعبارة أخرى: لولا هذا الخوف لما أقدم على التعاقد لكنه يقدم عليه مضحِّيًا برضائه وإرادته في سبيل دفع الأذى عن نفسه أو عن هذا الغير.

وقولنا: «من ألم» عام لكل ألم يصيب الإنسان نفسيًّا أو ماديًّا فهو يشمل الألم الذي يحصل نتيجة إتلاف نفسه، أو عضوه، أو ماله، كما يشمل الألم الذي يحصل نتيجة خدش في عرضه، وتجريح في شرفه ونحو ذلك، وهذا اللفظ يخرج الخوف نتيجة أمور لا حقيقة لها، فالتهديد بأمور خيالية لا أساس لها لا يسمى إكراهاً، فالإكراه إنما يتحقق إذا كان التهديد بإيقاع ألم جسيم تختلف جسامته باختلاف الأشخاص والظروف والأحوال، مع مراعاة نوعية العقد الذي يقدم عليه، فالمعيار شخصي واقعي لا خيالي ولا موضوعي، مع ملاحظة أنَّ القانون ينظر إلى ما هو الغالب المعتاد، ولا يجعل من الشخص المفرط في الشجاعة أو الجبن معياره، والتقدير في كل ذلك يناط بقاضي الموضوع ليستلهمه من خلال الظروف والملابسات.

والإكراه بهذا المعنى لا يحتاج إلَّا إلى تحقيق شرط واحد وهو تحقق خوف حقيقي جدي دافع إلى التعاقد دون رضاه.

وحينئذ ينطوي تحته أغلب الشروط السابقة التي يتطلبها القانون والفقه في تحقق الإكراه ما عدا شرطين هما:

اشتراط القانون المصري الحالي أن يعلم به المتعاقد الآخر في حالة وقوع الإكراه من غير المتعاقدين، وهذا الشرط قد ناقشناه بما يدل على عدم دقته.

الشرط الثاني: أن يكون الإكراه بدون حق، أو غير مشروع.

والحقيقة أنَّ الإكراه المشروع يثور حوله شكوك في كونه إكراهاً داخلاً في تعريفنا أم لا.

وعلى فرض عدم تسميته إكراهاً يكيف بأنَّ التعريف يدل على أنَّ الإكراه إنما يتحقق إذا كان الإقدام على العقد هو بدافع الخوف فقط، في حين أنَّ الإكراه المشروع ـ كمن يكره أحداً على وفاء دينه أو كتابة سند بدينه ـ ليس الدافع فيه هو الخوف، وإنما الواجب الذي في ذمته، وبعبارة أخرى ليس الإكراه هو الدافع الوحيد بل معه دافع آخر وهو واجب أداء الحق، كما أنَّ الضغط ليس وحيداً، فمعه ضغط الضمير والإنسانية، أو على حسب التعبير الإسلامي الخوف من عذاب الله تعالى.

إنَّ المكره ـ كما قلنا ـ يختار أهون الشرين والضررين، والمكره على حق مشروع لا يختار الشر، وإنَّما يختار ما هو الواجب عليه فلا يتحقق فيه العنصر الأساسي للإكراه فلا يسمى إكراهاً في الاصطلاح، وعلى فرض تسميته إكراهاً فقد استثنى الإكراه المشروع عن تأثيره في العقد بناء على ما تقتضيه قواعد العدالة من أنَّ الفعل المشروع لا يمكن أن يكون ما يترتب عليه غير مشروع.

وذهب البعض إلى أنَّ الفقه جعل شرط عدم المشروعية شرطاً قائماً بذاته يعود أساسه إلى عنصر الخطأ أو العدالة الذي يدخلونه في الإكراه كسبب للبطلان[1]، غير أنَّه لا يتفق مع الإكراه باعتباره عيباً في الرضا، بحيث يدفع ضحيته إلى إبرام العقد دون رضاه.

---

(١) بلانيول وربيير وإسمان، المرجع السابق (٦/ بند ١٩٦)، وربيير، القاعدة الخلقية (ص٨٣ بند ٤٥) المشار إليه في د. جميل الشرقاوي (ص٢٤٧)، وشيفاليه، مقالته السابقة (ص١١٩).

ويقول الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي (البطلان ص٢٤٧): «وهذا الشرط ينافي =

ثمَّ إنَّ المراد بفقد الإرادة أو تعييبها بالإكراه ليس باعتبار معناها النفسي أو الفلسفي، بل باعتبار معناها القانوني، وذلك لأنَّ المكره لا يفقد أصل الإرادة والاختيار بالمعنى الفلسفي والنفسي؛ لأنه يوازن بين الشرين ـ تحمل الأذى وإبرام العقد مثلاً ـ فيختار أهونهما، غير أنَّ هذا المعنى غير مقصود في عالم القانون، فالمقصود بالرضا أو الإرادة هو الرضا بالعقد وآثاره دون النظر إلى العمق الفلسفي، أو التحليل النفسي، ولذلك فالرضا معدوم مع الإكراه؛ لأنَّه لم يعبر عما يريده ولم يرض بترتيب الأثر على تعبيره، وهذا القدر يكفي للحكم ببطلان العقد الذي أبرمه رغم أنفه.

ونرى أن الإكراه بهذا التكييف والمعيار يبعد به عن الخلط واللبس الذي يقع فيه بعض الفقه، وعن الوقوع تحت نفوذ وتجاذب عدَّة قوانين ذات نزعات مختلفة، فنحن بين شيئين لا محالة من اختيار أحدهما، إما أن نختار مبدأ سلطان الإرادة الحقيقية، أو الإرادة اللفظية.

ومن جهة أخرى إما نقبل فكرة الإكراه كعيب في الرضا ـ كما قبله الفقه الحديث ـ أو نقبلها كفكرة عقابية ـ كما هو الحال في القانون الروماني ـ .

فإذا قبلنا الإرادة الحقيقية واحتضناها فلا بدَّ أن نعتد بها ونقبل ما يترتب عليها، وكذلك إذا قبلنا الإكراه باعتباره عيباً في الرضا وفي عنصر حريته الذي هو أهم عناصره، فلا بدَّ أن ننبذ كل شرط يعود بنا إلى فكرة العقاب أو الخطأ في الإكراه ولا سيما في نطاق القانون الخاص، وعلى الأخص في باب العقود التي مبناها على الرضا عند الجميع، وهذا ما ندين به.

= تصور الإكراه كعيب في الرضا». ثمَّ قال: «إنَّ هذا الإلزام يجعل لصاحب الحق أن يجبر مدينه على الوفاء، صحيح أنَّ القانون قصر على جهات القضاء والإدارة سلطة الإجبار، وبإجراءات خاصة، ولكن هذا القصر يقصد به حماية حرية الأفراد...».

٢ ـ الغش والتدليس

التعريف بالغش والتدليس والألفاظ ذات العلاقة:

تتردد في الفقه الإسلامي عند التصدي لأحكام المعاملات ألفاظ: «الغش» و «التدليس» و «التغرير» و «الخداع» و «الحيلة» و «الخلابة»[١] ونحوها... كثيراً، وعند التعمق في معانيها والغوص في مبانيها نجدها جميعاً تجتمع حول معنى واحد، وهو الدلالة على أن في التصرف نوعاً من التحايل، وكتماناً لحقيقته، أو إظهاره بطرق ملتوية على غير ما هو عليه، أو إغراء العاقد عليه بإبهامه أن فيه بعض محاسن وفوائد مرغوبة لديه.

وهذا لا يعني أن هذه الألفاظ مترادفة، بل إن لكل واحد منها معناه الخاص، ولذلك صرح بعض الفقهاء بيان فروق هذه الكلمات فقالوا: إن الغش أعم من التدليس[٢]، وقال بعضهم الآخر بالعكس[٣].

ونحن هنا نذكر المعاني الخاصة لكل واحد بإيجاز: فالغش هو إظهار خلاف ما أضمره مع تزيين المفسدة له، فيقال: غشه؛ أي: لم يمحضه النصح وزين له غير المصلحة، والمغشوش: الشيء غير الخالص، فيقال: لبن مغشوش أي: غير خالص[٤].

وقال ابن عرفة الفقيه المالكي: «الغش أن يوهم وجود مفقود مقصود وجوده في المبيع، أو يكتم وجود موجود مقصود فقده، كأن يرقم على السلعة أكثر من ثمنها، ويبيع بالثمن الأصلي ليوهم المشتري الغلط على نفسه،

---

(١) راجع: لسان العرب، والقاموس المحيط، والمصباح المنير، في هذه المواد السابقة.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ١٦٩).

(٣) بلغة السالك (٢/ ٥١٠).

(٤) القاموس المحيط (٢/ ٢٦٢)، والمصباح المنير (٢/ ١٠٠).

أو ينفخ اللحم لإيهام أنه سمين...»[١].

والتدليس: كتمان عيب المعقود عليه عن العاقد الآخر، وأصله من الدلس وهو الظلمة؛ قال الأزهري: سمعت أعرابيًّا يقول: ليس لي من الأمر ولس ولا دلس؛ أي: خيانة ولا خديعة[٢].

قال ابن عبد البر: والتدليس أن يعلم البائع بالعيب ثم يبيع ولا يذكر العيب للمشتري[٣].

وقال ابن قدامة: «معنى: دلس العيب: أي: كتمه عن المشتري مع علمه به، أو غطاه عنه بما يوهم المشتري عدمه، مشتق من الدلسة وهي الظلمة، فكأن البائع بستر العيب وكتمانه جعله في ظلمة فخفي عن المشتري فلم يره ولم يعلم به»[٤].

والتغرير لغة: الخداع، فيقال: غره؛ أي: خدعه، وأطمعه بالباطل، ويقال: غرته الدنيا؛ أي: خدعته بزينتها، والغرر ما لا تعلم عاقبته[٥]، وقد عرَّفت المجلة التغرير في المادة (١٦٤) بقولها: «التغرير: عبارة عن

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ١٦٩)، مع ملاحظة أن قول ابن عرفة الذي ذكرناه هو بعد تصويب الدسوقي لعبارته.

(٢) القاموس المحيط (٢/ ٢٢٤)، والمصباح المنير (١/ ٢١٢)، وتكملة المجموع للسبكي (١٢/ ١٥).

وأما التدليس في عرف المحدثين فهو نوعان: تدليس الإسناد مثل أن يروي عمن عاصره ولم يلقه، موهماً أنه لقيه، وسمعه منه، وتدليس الشيوخ مثل أن يروي عن شيخ حديثاً سمعه منه فيسميه، أو يكنيه بما لم يشتهر به كيلا يعرف.

راجع: معرفة علوم الحديث للحاكم (ص١٠٣ ـ ١٢٢)، والتعريفات للسيد شريف (ص٣٠).

(٣) الكافي لابن عبد البر (٢/ ٧١١).

(٤) المغني لابن قدامة (٤/ ١٦٧).

(٥) القاموس المحيط (٢/ ١٠٤)، والمصباح المنير (٢/ ٩٧).

إظهار الشيء بمظهر غير حقيقي مع إعطائه صفة ليست له، لكي يستثير رغبة الطرف الآخر فيقدم على إبرام العقد».

والخدعة، والحيلة، والخلابة بمعنى واحد[1].

فهذه الألفاظ ـ كما رأينا ـ متقاربة بعضها من بعض تدول حول: كتمان الحقيقة، واستعمال طرق النصب والاحتيال للوصول إلى مآرب غير مشروعة، وهي أكل أموال الناس بالباطل دون تحقق الرضا الحقيقي، لكن الذي يظهر لي هو أن الأكثر استعمالاً في الفقه الإسلامي هو: التدليس، والغش، والتغرير، وأن لفظ الغش يشمل كل هذه المعاني فهو عام لكل ما هو تغيير للحقيقة، وكتمان للعيب، وتزيين المعيب ليظهر بمظهر السليم، وإظهار الشيء على خلاف جنسه وحقيقته، والكذب في الثمن أو في الترقيم عندما يعتمد العاقد الآخر عليه ونحو ذلك.

ومن هنا فالنهي عن الغش الوارد في الحديث الشريف شامل لكل طرق الاحتيال وإخفاء الحقيقة، ودال على حرمته، فقد روى مسلم وغيره بسندهم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً، فقال: «ما هذا يا صاحب الطعام؟» قال: أصابته السماء يا رسول الله! قال: «أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟ من غش فليس مني»[2].

---

(١) القاموس المحيط، ولسان العرب، والمصباح، في المواد: «خدع» و «حال» و «خلب».

(٢) صحيح مسلم، كتاب الإيمان (١/ ٩٩)، وسنن أبي داود مع العون، كتاب البيوت (٩/ ٣٢)، والترمذي مع التحفة، كتاب البيوع (٤/ ٥٤٤)، وابن ماجه، كتاب التجارات (٢/ ٧٤٩)، والمستدرك للحاكم (٢/ ٩)، والسنن الكبرى للبيهقي (٥/ ٣٢٠).
قال الخطابي: معناه ليس على سيرتنا ومذهبنا، يريد أن من غش أخاه، وترك مناصحته فإنه قد ترك اتباعي والتمسك بسنتي.

والحديث قد صرح بأن أي كتمان للحقيقة حرام وإن لم يكن السبب من البائع نفسه، قال الترمذي: الحديث صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم... وقالوا: الغش حرام[١].

فإذا كان الغش هو الأعم، فما هي العلاقة بين التدليس والتغرير؟ والذي يظهر لي من خلال مراجعة كتب الفقهاء أنهما بمعنى واحد، وإن كان التدليس أكثر استعمالاً في الفعل والكتمان، والتغرير أكثر استعمالاً في القول، ويدل على مساواتهما أن الفقهاء يستعملون أحدهما مكان الآخر، أو يجمعونهما مترادفين، فيقول الشيرازي مثلاً: «لأن هذا ـ أي: تلقي الركبان ـ تدليس وغرر فلم يحل...»[٢]، وأطلق الحطاب التغرير على التغرير الفعلي فقال: «التغرير الفعلي كالشرطي...»[٣].

فعلى هذا فالتدليس ـ أو التغرير ـ هو: إظهار المعقود عليه على صفة وهمية تدفع المتعاقد الآخر إلى إنشاء التصرف.

وهذا التعريف شامل للتدليس بالفعل وغيره، كما أنه يشير إلى عناصره الأربعة:

عناصر التدليس:

١ ـ المدلس:

ويشترط فيه أن يكون أحد المتعاقدين، وفي حالة كونه غيرهما لا بد أن يكون العاقد المستفيد على علم بالتدليس، أو بالعيب الموجود في المعقود عليه لكنه يكتمه، قال ابن قدامة: «وسواء في هذا ما علم به فكتمه، وما ستره فكلاهما تدليس حرام»[٤]؛ أي: يكون غاشاً لم يمحض النصح للعاقد الآخر

(١) سنن الترمذي مع التحفة (٤/ ٥٤٤).
(٢) المهذب (١/ ٢٩٢).
(٣) المواهب الجليل (٤/ ٤٣٧).
(٤) المغني لابن قدامة (٤/ ١٦٧).

سواء كان النقص الموجود في المعقود عليه جاء بسببه، أو من غيره، أو من آفة سماوية، لكنه علم به.

٢ ـ الشخص الذي وقع عليه التدليس:

أي: **المتعاقد الذي غش**، ويشترط فيه أن يكون جاهلاً بالغش، أما لو كان عالماً به ثم يقدم على التصرف فهذا دليل على أنه راضٍ به، وذكر الشافعية أن من شروطه أن لا يكون مقصراً، فإن كان له قصور في معرفة التدليس بحيث لم يدقق النظر ولم يبحث عنه بحثاً عاديًّا فلا خيار له[١].

٣ ـ محل التدليس:

أي: **الشيء الذي يقع عليه التدليس؛ أي: المعقود عليه المغشوش**، ويشترط أن لا تتحقق فيه الصفات التي يذكرها العاقد المدلس، وأن تكون هذه الأوصاف قد أثرت فيه بحيث اختلف بها الثمن لأجلها.

٤ ـ طرق الغش والتدليس:

أي: **الوسائل التي يستعملها المدلس للتضليل والاحتيال**، ويشترط أن تكون مؤثرة في العاقد الآخر بحيث لولاها لما أقدم على التعاقد، أو لما أنشأه على هذا الشكل الذي تم عليه، ولما دفع به ما دفع.

هذا وأن طرق الغش قد تكون قولاً، وقد تكون فعلاً، وقد تكون سكوتاً محضاً كما في حالة الكتمان عما في المعقود عليه من عيوب[٢].

فعلى ضوء هذا المعنى العام للغش والتدليس يتدلى فروعهما على كل عقد فيه نقص في المعقود عليه، لكن العاقد يظهره بشكل لا يوجد فيه هذا

---

(١) الروضة (٣/ ٤٦٩).

(٢) يراجع في هذه المسألة: البحر الرائق (٦/ ٣٩)، والدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ١١٥، ١٦٩ ـ ١٧٠)، وبلغة السالك (٢/ ٥١٠)، والكافي لابن عبد البر (٢/ ٧١١)، وإحياء علوم الدين (٢/ ٧٧).

النقص ثم تتبين الحقيقة سواء كان بقوله، أو فعله، أو كتمانه ـ وهذا ما يسمى في الفقه الإسلامي بخيار العيب والنقيصة ـ وعلى كل عقد يظهره العاقد بشكل مغر بأن يجعل الآخر في حال يعتقد معها أنه أخذ الشيء بقيمته والحقيقة غير ذلك.

قال النووي: «خيار النقيصة منوط بفوات شيء من المعقود عليه كأن يظن حصوله، وذلك الظن من أحد ثلاثة أمور:

أولها: شرط كونه بتلك الصفة كقوله: بعت هذا العبد بشرط كونه كاتباً، والصفات الملتزمة بالشرط قسمان: أحدهما ما يتعلق به غرض مقصود، فالخلف فيها يثبت الخيار وفاقاً، أو على خلاف فيه، وذلك بحسب قوة الغرض وضعفه. والثاني: لا يتعلق به غرض مقصود فاشتراطه لغو، ولا خيار بفقده.

وثانيها: من أسباب الظن اطراد العرف بحصول هذه الصفة في المعقود عليه، فمن اشترى شيئاً فوجده معيباً فله الرد، ومن باع شيئاً يعلم به عيباً وجب عليه بيانه للمشتري، فإن لم يبينه فله الخيار؛ لأن العرف يقتضي سلامة المعقود عليه إن لم يبين عيوبه، وذلك لأن السلامة في العقد مطلوبة؛ لأن غرض العاقد الانتفاع بالمعقود عليه على وجه الكمال، ولا يتم ذلك إلَّا مع السلامة، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصاً.

وثالثها: أن يفعل العاقد ما يورث ظن حصول صفة مقصودة في المعقود عليه ـ أي: الفعل المغرر، والأصل فيه التصرية»(1).

وقال موفق الدين المقدسي: «وكذلك ـ كالمدلس في التصرية ـ كل مدلس لا يعلم تدليسه فله رده كجارية حمر وجهها، أو سود شعرها،

---

(1) الروضة (٣/ ٤٥٨ ـ ٤٦٦) باختصار وتصرف.
وراجع: المهذب مع تكملة المجموع للسبكي (١٢/ ٢) وما بعدها. ويراجع: بدائع الصنائع (٧/ ٣٣١٨).

أو جعده، أو رحى ضم الماء وأرسله عليها عند غرضها على المشتري، وكذلك لو وصف المبيع بصفة يزيد بها ثمنه فلم يجدها فيه كصناعة في العبد أو كتابة»[1].

فالمعيار هو مدى تأثير الغش والتدليس في دفع المتعاقد الآخر إلى التعاقد أو إلى دفع ما دفعه من ثمن، وهذا ما أكَّده ابن جزي المالكي فقال: «ولا يجوز الغش... ومنه أن يكتم من أمر سلعته ما يكرهه المشتري، أو ما يقلل رغبته فيها»[2].

وقال الشيرازي في تعليقه على إلحاق بعض المسائل بالتصرية: «... ثبت له الرد؛ لأنَّه تدليس بما يختلف به الثمن فيثبت به الخيار كالتصرية»[3].

أنواع الغش والتدليس مع الأحكام والتطبيقات:

يمكن تقسيم الغش أو التدليس باعتبارات مختلفة إلى عدَّة أقسام، فهو باعتبار طرقه ووسائله، إمَّا غش وإما تدليس بالقول، أو بالفعل، أو بالكتمان، وباعتبار غايته إما غش وتدليس في الوصف، أو غش في التسعير، والمدلس إما أن يكون أحد المتعاقدين أو كليهما، أو غيرهما.

قال ابن العربي: «الخديعة قد تكون في العيب أو في الثمن أو في الكذب أو في الغبن»[4].

---

(١) العمدة مع شرحه العدة (ص٢٣١).
(٢) القوانين الفقهية (ص٢٢٦)، وراجع لمذهب أحمد: الشرح الكبير (٤/ ٨٤)، والمغني لابن قدامة (٤/ ١٦٧).
(٣) المهذب للشيرازي مع تكملة المجموع للسبكي (١٢/ ٩٥)، وكذلك قال ابن قدامة في المغني (٤/ ١٥٧، ١٥٨).
(٤) نقله عنه ابن حجر في فتح الباري (٤/ ٣٣٧، ٣٣٨).

ونحن هنا نذكر هذه الأقسام مع تطبيقات كل منهما في الشريعة الغراء وهي:

النوع الأول: التدليس الفعلي[1]:

نذكر المراد به، ثمَّ تطبيقاته، مع ملخص أحكامه:

أولاً: المراد بالتدليس الفعلي هو أن يتم التدليس في المعقود عليه بتأثير من المدلس بفعله الإيجابي أو السلبي، وذلك بأن يفعل في المبيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً، مثال الفعل الإيجابي أن يقوم المدلس بشد أخلاف البقرة ليحبس لبنها مثلاً، أو يحبس الماء ثمَّ يطلقه ليراه العاقد الآخر كثيراً.

ومثال الفعل السلبي هو أن يترك البقرة لا تحلب فترة كثيرة ليظهر كبر ضرعها أمام المشتري.

---

(١) ذكره بعض الفقهاء بهذا الاسم، وبعضهم سماه بالتغرير الفعلي، ولا فرق بينهما كما سبق. وراجع: الإنصاف للمرداوي (٣٩٨/٤، ٣٩٩)، والوجيز للغزالي (١٤٢/١)، والمصادر السابقة.
وسمَّاه الأستاذ الزرقاء في كتابه، الفقه في ثوبه الجديد، المدخل (٤٠٩/١)، بالتغرير في الوصف، وذكر أنَّ الفقهاء المسلمين عندما سموه بالتغرير الفعلي نظروا إلى الوسيلة التي يتم بها التغرير وهي الفعل، ويريدون به نفس ما أسميناه ـ أي: التغرير في الوصف ـ لأنَّ إيهام الشخص بصفة كاذبة في الشيء يكون بواسطة فعل يوهم في ذلك الشيء صفة مصطنعة، ثمَّ قال: ولذلك رجحنا نحن في التسمية والتقسيم النظر إلى الغاية من التغرير لا إلى الوسيلة فقلنا: تغرير في الوصف؛ لأنَّه أوضح وأكثر انسجاماً بين الاسم والحكم.
لكني أبقيت المصطلح كما هو المذكور في الكتب الفقهية الأصلية حفاظاً على مصطلحات فقهائنا وعدم الخروج عنها إلَّا لمبرر معقول، وفي نظري أنَّ تسميته بالتغرير في الوصف لا تؤدي المعنى المفهوم من التغرير بالفعل، إذ التغرير في الوصف يوهم بأنَّ المراد: ذكر أوصاف كاذبة فيكون تغرير بالقول لا بالفعل.

قال السبكي في شرح حديث التصرية: والمراد بتحفلها بنفسها أن يترك صاحبها حلبها أياماً من غير شد، وليس شد الأخلاف شرطاً بل هو الغالب، وإنما المعتبر أن يترك حلبها قصداً.

ولقد ذكر فقهاؤنا الكرام كثيراً من الأمثلة[١]، وذلك مثل: «صبغ الثوب ليظهر أنه جديد، وكحبس ماء القناة، أو الرحى، ثمَّ إرساله عند البيع أو الإجارة فيظن المشتري كثرته، ثمَّ يتبَيَّن له الحال، وكذا لو حمَّر وجه الجارية، أو سوَّد شعرها، أو جعَّده، أو أرسل الزنبور على وجهها فظنها المشتري سمينة، ثمَّ بان خلافه؛ فله الخيار»[٢].

النوع الثاني: التدليس بالقول:

وهو أن يتم التدليس فيه عن طريق القول فقط.

ويدخل فيه كل وسيلة قولية يتخذها أحد العاقدين أو الغير بمعرفته ـ للتحايل على الآخر، سواء كانت كذباً محضاً أو شابته طرق خفية للتأثير، غير أنَّ نطاق تأثير الكذب المحض أوسع ما يكون هو في التصرفات القائمة على الأمانة كالمرابحة والتولية، والإشراك، والوضيعة والاسترسال والاستئمان، ومع ذلك فإنَّه ـ أي: الكذب المحض ـ يؤثر ـ عند الجمهور ـ إذا كان في الثمن سواء كان الكذب من غير المتعاقدين كما في بيع النجش أو من أحدهما بأن يقول: لقد اشتريت هذه السلعة بكذا وهو كاذب، أو يقول: دفع لي عليها كذا وكذا ولكن آثرتك على غيرك وهو كاذب، أو يقول: إن سعره الرسمي المقرر كذا مع أنَّه كاذب فيه ونحو ذلك، سواء حلف على كذبه فيكون إثمه أكبر، أو لم يحلف فهذه الأمور كلها ملحقة بالنجش في إثبات الخيار.

---

(١) يراجع: الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ١١٦)، والوجيز مع فتح العزيز (٨/ ٣٣٣)، والروضة (٣/ ٤٦٦ ـ ٤٦٩).

(٢) المصادر السابقة.

وأما الكذب في المعقود عليه بأن يذكر للمعقود عليه وصفاً لا يوجد فيه، وكان هذا الوصف مما يختلف به الثمن فهذا تدليس، فقد ذكر البخاري في صحيحه أنَّه ذكر لإبراهيم النخعي أن بعض الدلالين يسمون اصطبلات دوابهم بأسماء مثل اصطبل خراسان، أو سجستان، ثمَّ لما يذهب إلى السوق يقول: جاء هذا الفرس أمس من خراسان، أو سجستان، فكرهه إبراهيم كراهة شديدة[1].

قال الحافظ ابن حجر: «أي: أنَّ الدلالين كانوا يسمون مرابط دوابهم بأسماء البلاد ليدلسوا على المشتري بقولهم ذلك ليوهموا أنها مجلوبة من خراسان، أو سجستان، فيحرص عليها المشتري ويظن أنَّها قريبة العهد بالجلب»[2]، أو لشهرة خيول هاتين البلدتين ثم قال: «والسبب في كراهة إبراهيم ذلك ما يتضمنه من الغش والخداع والتدليس»[3].

فعلى هذا تحكمه قواعد التدليس في أنَّ للطرف المدلس عليه حق الخيار، وقد ذكر فقهاؤنا العظام رحمهم الله أمثلة كثيرة نورد بعضها هنا، قال الحصكفي وابن عابدين: «الغرور لا يوجب الرجوع إلَّا في ثلاث مسائل:

الأولى: إذا كان الغرور بالشرط كما لو زوَّجه امرأة على أنها حرة، ثمَّ استحقت فإنَّه يرجع على المخبر بما غرمه المستحق من قيمة الولد.

الثانية: أن يكون في ضمن عقد معاوضة، فيرجع المشتري على البائع بقيمة الولد إذا استحقت بعد الاستيلاد، ويرجع بقيمة البناء لو بنى المشتري ثمَّ استحقت الدار... وإذا قال الأب: بايعوا ابني فقد أذنت له في التجارة، فظهر أنَّه ابن غيره، رجعوا عليه للغرور.

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح (٤/ ٣٠٩).
(٢) فتح الباري (٤/ ٣١٠، ٣١١).
(٣) فتح الباري (٤/ ٣١٠، ٣١١).

الثالثة: أن يكون التغرير في عقد يرجع نفعه إلى الدافع كوديعة وإجارة، فلو هلكت الوديعة والعين المستأجرة، ثمَّ استحقت وضمن المودع والمستأجر فإنَّهما يرجعان على الدافع بما ضمناه، وكذا من كان بمعناهما»[1].

وقال الخطاب: «الغرور بالقول لا يضمن وفيه الخلاف، وبالفعل يضمن بلا خلاف، فالأول كمسألة الخياط يقيس الثوب، ويقول: يكفي فيفصله فينقص... أو قال لرجل: بع سلعتك من فلان؛ لأنه ثقة ومليء، فوجده بخلاف ذلك فقال: لا يغرم شيئاً إلَّا أن يغره وهو يعلم بحاله»[2].

وقال الغزالي: «وثبوت الخيار بالكذب في مسألة تلقي الركبان من باب التغرير، وكذلك خيار النجش إذا كان عن موضأة البائع على أقيس المذهبين»[3].

وقال الرملي: «فإذا قال شخص لآخر: أبيع لك هذه الجوهرة ـ وهي زجاجة ـ فاشتراها الآخر، ثمَّ تبين له ثبت له الخيار»[4].

وقال أبو الفرج المقدسي الحنبلي: «ولو قال: أعطيت بهذه السلعة ما لم يعط فصدَّقه المشتري ثمَّ كان كاذباً، فالبيع صحيح وللمشتري الخيار أيضاً؛ لأنَّه في معنى النجش»[5].

وبعد هذا العرض الموجز نذكر هنا تطبيقاً من تطبيقات التغرير القولي وقع في عصر الرسول ﷺ وقضى فيه ـ وهو النجش ـ، ثمَّ نذكر بعده أثر الكذب في العقود القائمة على الأمانة[6]:

---

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/ ١٤٤).
(٢) المواهب الجليل (٤/ ٤٣٨).
(٣) الوجيز مع شرحه فتح العزيز (٨/ ٣٣٨).
(٤) نهاية المحتاج (٤/ ٧٤).
(٥) الشرح الكبير (٤/ ٧٩).
(٦) ويراجع بالتفصيل في ذلك: مبدأ الرضا في العقود (ص٦٣٣ ـ ٦٥٩).

النجش:

هو لغة ـ بفتح النون والجيم ـ تنفير الصيد واستثارته من مكان ليصاد، وله معان أخرى منها الاستتار، وقال ابن قتيبة: النجش، الختل، والخديعة، ومنه قيل للصائد: ناجش؛ لأنه يختل الصيد ويحال له[1].

وفي الاصطلاح: هو الزيادة في ثمن السلعة ممن لا يريد شراءها ليقع غيره فيها[2]، وذلك بأن كانت السلعة معروضة للبيع فيقول: شخص غير راغب في شرائها: أنا أشتريها بمائة دينار ـ أو جنيه مثلاً ـ قاصداً بذلك أن يثير رغبة الحاضرين ويخدعهم ليظنوا أنَّ السلعة تساوي هذا القدر.

قال الشافعي: «والنجش أن يحضر الرجل السلعة فيعطي بها الشيء وهو لا يريد الشراء ليقتدي به السوَّام، فيعطون بها أكثر ما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سوَمه»[3].

فعلى هذا إنَّ مجرد الزيادة الصادرة من الناجش على القدر الذي وصل إليه المبيع عند العرض تعتبر نجشاً، وإن لم تكن أكثر من ثمن المثل، قال الحافظ ابن حجر: «وقد اتفق أكثر العلماء على تفسير النجش في الشرع

---

(١) القاموس المحيط (٢/ ٣٠٠)، والمصباح المنير (٢/ ٢٦٠).
ويراجع فتح الباري (٤/ ٣٥٥)، ونيل الأوطار (٦/ ٣٠٦).

(٢) يراجع في تفصيل ذلك: فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٥/ ٢٣٦)، وشرح الخرشي (٥/ ٨٢)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٦٨)، وبداية المجتهد (٢/ ١٦٧)، والأم (٣/ ٨٠)، والمهذب (١/ ٢٩١)، والوجيز (١/ ١٣٩)، والروضة (٣/ ٤١٤)، والغاية القصوى (١/ ٤٧٣)، وشرح المحلي على المنهاج (٢/ ١٦٧)، وتحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (٤/ ٣١٥)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٢٣٤)، والعدة شرح العمدة (ص٢١٨)، والإنصاف (٤/ ٣٩٥)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٤٦٨)، وشرائع الإسلام (٢/ ٢١).

(٣) الأم (٣/ ٨٠).

بما تقدم، وقيد ابن عبد البر، وابن العربي، وابن حزم التحريم بأن تكون الزيادة المذكورة فوق ثمن المثل، قال ابن العربي: «ولو أنَّ رجلاً رأى سلعة رجل تباع بدون قيمتها فزاد فيها لتنتهي إلى قيمتها لم يكن ناجشاً عاصياً، بل يؤجر ذلك على نيته، وقد وافقه على ذلك بعض المتأخرين»[(١)].

هذا، وقد ألحق الفقهاء بالنجش أموراً كثيرة في معناه، مثل أن يخبر البائع المشتري أنَّه اشتراها بكذا وهو كاذب، أو دفع له كذا وهو كاذب. فقد روى البخاري في صحيحه «أنَّ ابن أبي أوفى أطلق على من حلف بالله لقد أعطي بها ما لم يعطها: أنه ناجش»[(٢)].

قال ابن قدامة: «ولو قال البائع: أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا فصدقه المشتري واشتراها بذلك، ثمَّ بان كاذباً، فالبيع صحيح وللمشتري الخيار أيضاً لأنه في معنى النجش»[(٣)].

حكم النجش:

لا خلاف بين العلماء في أنَّ النجش حرام[(٤)]. قال ابن بطال: «أجمع

(١) فتح الباري (٤/ ٣٥٥)، ويراجع: المحلى لابن حزم (٩/ ٤٥٤، ٤٦٨)، وشرح الخرشي على مختصر خليل (٥/ ٨٢)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٦٨).
(٢) صحيح البخاري مع الفتح (٥/ ٢٨٦).
(٣) المغني لابن قدامة (٤/ ٢٣٥).
(٤) المصادر السابقة. ويراجع: فتح الباري (٤/ ٣٥٥)، ونيل الأوطار (٦/ ٣٠٦)، هذا ولا يقدح في إطلاق الحرمة ما ذكره الحنفية كالمرغيناني في الهداية (٥/ ٢٣٩)، والمولي في الاختيار (٢/ ٢٧)، من أنَّ النجش مكروه؛ لأنَّ المراد بالمكروه هنا عندهم الكراهة التحريمية التي تساوي الحرام عند الجمهور، غير أنَّهم يطلقون على المطلوب منعه على سبيل الجزم الكراهة إذا كان قد ثبت بدليل ظني كخبر الآحاد، في حين أنَّ الجمهور يطلقون عليه الحرمة، قال ابن الهمام: «فهذه الكراهة تحريمية لا نعلم خلافاً في الإثم». انظر: فتح القدير (٥/ ٢٣٩).

العلماء على أنَّ الناجش عاص بفعله»[1]، وذلك لما ثبت في الحديث الصحيح أنه ﷺ: «نهى عن النجش»[2]، وقال ﷺ: «... ولا تناجشوا»[3]، كما أنَّه يشترك معه في الإثم العاقد المستفيد إذا علم به.

قال الصحابي ابن أبي أوفى: «الناجش آكل الربا خائن»[4]، وقال البخاري: «وهو ـ أي: النجش ـ خداع باطل لا يحل»[5].

ولا خلاف بين الفقهاء في حرمة الغش والخديعة[6]، وإنَّما الخلاف في أثر النجش في صحة العقد أو فساده أو لزومه.

فذهب الحنفية[7] والشافعية في قول[8]، وأحمد في رواية[9] إلى أنَّ النجش لا يؤثر في العقد، فيبقى العقد صحيحاً نافذاً ولا خيار للمشتري، غير أنَّ أحمد يقول: إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء[10].

---

(١) فتح الباري (٤/ ٣٥٥).

(٢) الحديث صحيح متفق عليه رواه البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب البيوع (٤/ ٣٥٥)، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع (٣/ ١١٥٦)، وأبو داود في سننه مع عون المعبود (٩/ ٣٠٤)، والترمذي مع التحفة (٤/ ٥٠٣)، وابن ماجه في سننه (٢/ ٧٣٤).

(٣) رواه البخاري في صحيحه، مع الفتح (٤/ ٣٧٢)، ومسلم في صحيحه (٣/ ١٥٥).

(٤) رواه البخاري عنه في صحيحه مع الفت (٤/ ٣٥٥، ٥/ ٢٨٦).

(٥) صحيح البخاري مع الفت (٤/ ٣٥٥).

(٦) يراجع: فتح الباري (٤/ ٣٥٥)، ونيل الأوطار (٦/ ٣٠٦).

(٧) فتح القدير مع شرح العناية (٥/ ٢٣٩).

(٨) الروضة (٣/ ٤١٤)، والمهذب (١/ ٢٩١).

(٩) المغني لابن قدامة (٤/ ٢٣٤٤)، والعدة في شرح العمدة (ص٢١٨).

(١٠) يراجع المصدران السابقان.

وذهب أحمد في رواية اختارها أبو بكر[1]، ونقله ابن المنذر عن طائفة من أهل الحديث[2] إلى أنَّ العقد باطل.

وذهب مالك[3] والشافعي في قول[4] والظاهرية[5] والإمامية[6] إلى أن العقد صحيح لكنه غير لازم، فللمشتري الخيار بين الرد والإمساك.

وقبل أن نخوض في غمار الأدلة والمناقشة لا بدَّ أن ننوه على أنَّ الحنفية والمالكية على توجيه ابن العربي، وابن حزم إنما يتحقق النجش عندهم إذا كانت الزيادة بأكثر من ثمن المثل، كما أنَّ الفقهاء يكادون يتفقون على أنَّ الخيار إنَّما يثبت عند من يقول به إذا كان العاقد قد أوعز إلى الناجش بفعل ذلك، أو كان يعلم ذلك وسكت، أو هو كذب على المشتري ـ كما سبق ـ إلَّا إذا أدَّى النجش إلى الغبن الفاحش فيكون الخيار عند من يقول به وإن لم يعلم به العاقد.

---

(١) المغني لابن قدامة (٤/ ٢٣٤٤)، والإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٩٥).

(٢) فتح الباري (٤/ ٣٥٥)، ونيل الأوطار (٦/ ٣٠٦).

(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل (٥/ ٨٢، ٨٣)، وبداية المجتهد (٢/ ١٦٧).

(٤) المهذب (١/ ٢٩١).

(٥) المحلى لابن حزم (٩/ ٤٩٨).

ويلاحظ على ابن حزم أنَّه استدل بالأحاديث الدالة على النهي عن النجش مع أنَّه لم يقل بأنَّ العقد باطل، بل قال: «ولا يحل النجش...» ثمَّ حكم عليه بالصحة لكن للمشتري الخيار إذا وقع بزيادة على القيمة. مع أنَّ مقتضى قواعد مذهبه أنَّ النهي مطلقاً يدل على الفساد، كما أنَّ اشتراط الزيادة على القيمة لا يدل عليه ظاهر الحديث، فكيف خرج الظاهري على هذا الظاهر، وأكثر من ذلك فقد استدل بدليلين على دعواه هما: «نهى عن النجش» وأثر رواه عن عمر بن عبد العزيز أنَّه قال: «لا يحل النجش... وإن البيع مردود» فهذا الأثر لا يدل على ما ذهب إليه من أنَّ البيع المجتهد (٢/ ١٦٧)، والحافظ ابن حجر في فتح الباري (٤/ ٣٥٥)، والشوكاني في نيل الأوطار (٦/ ٣٠٦)، نقلوا عن أهل الظاهر أنهم يقولون بفساد بيع الناجش، إن لم يكن لهم قول آخر لم يذكره ابن حزم، والله أعلم.

(٦) شرائع الإسلام للحلي (٢/ ٢٠، ٢١).

أثر التغرير والكذب في العقود القائمة على الأمانة كالمرابحة:

رتب الفقهاء القائلون بصحة هذه العقود القائمة على الأمانة بأنها يثبت بها الخيار إذا لم يكن الطرف المقابل صادقاً فيما أخبره به، وقد اشترطوا للزومها أن يبين العاقد الثمن الأول الذي اشتراه به في المرابحة، والمواضعة، والتولية، والإشراك، وأن يخبره سعر السوق في الاسترسال والاستئمان، وكذلك لا بدَّ أن يبين ما يحيط بالثمن بشكل يتبين فيه للعاقد الآخر قدر الثمن، وأجله، وما حط عنه، أو قدر ما قام عليه إن قال: بعتك بما قام علي، وكذلك لا بدَّ أن يذكر ما يتعلق بالمبيع من بقائه على حالته، أو تعيبه أو نحو ذلك[1].

ولما كانت هذه العقود مبنية على الأمانة والثقة، جعلوا أيّ تجاوز عن حدودها خديعة وتغريراً، حتى جعلوا مجرد الكذب في الثمن أو في سعر السوق تغريراً يؤثر في العقد إما بجعله غير لازم، أو بإعطاء صاحبه حق الحط منه بقدر الخيانة، فلقد ذهب المالكية[2] والزيدية[3] والإمامية[4] والشافعية في قول[5]، ومحمد صاحب أبي حنيفة في المرابحة والتولية وأبو حنيفة في المرابحة فقط[6] إلى أنَّ الكذب في الثمن وفي سعر السوق في الاسترسال عند من يقول به ـ يؤثر في هذه البيوع القائمة على الأمانة فيجعلها غير لازمة، بحيث يكون للطرف المكذوب عليه حق الخيار بين الرد والإمساك إذا

---

(١) المصادر السابقة أنفسها.

(٢) المدونة (١٠/ ٥٩ ـ ٦٢)، وشرح الخرشي (٥/ ١٨٠)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ١٤٠)، وبلغة السالك (٢/ ٥٠٩)، والقوانين الفقهية (ص٢٢٦).

(٣) البحر الزخار (٤/ ٣٧٩).

(٤) تذكرة الفقهاء (٧/ ٤٤١)، وشرائع الإسلام (٢/ ٤١).

(٥) الأم (٣/ ٨٣)، والروضة (٣/ ٥٢٩ ـ ٥٣٣)، وشرح المحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٢/ ٢٢٣).

(٦) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٠١).

لم يرض البائع بحط المكذوب به وربحه عنه، أما إذا غش فله الخيار بين الرد والإمساك. وذهب الحنابلة إلى أنَّ العاقد الآخر له الخيار إذا كان الكذب في كون الثمن مؤجلاً؛ بأن اشتراه بثمن مؤجل ولم يبين ذلك للمشتري فيكون له الخيار بين الرد والإمساك، كما أثبتوا الخيار في بيع وشراء المستأمن إذا خانه صاحبه(١).

وذهب الشافعية في الراجح من القولين(٢) والحنابلة(٣) فيما عدا الكذب في كون الثمن مؤجلاً، وعدا الاسترسال إلى أنَّ البائع إذا كذب في الثمن قدره، أو صفته؛ يحط من الثمن بهذا القدر، فلو قال: اشتريته بمائة، وباعه بها مع ربح نسبة معلومة كعشرة من المائة، ثمَّ بان ببينة أو إقرار أنه اشتراه بتسعين ـ مثلاً ـ فتحط الزيادة، ويحسب الربح بناء على هذا القدر ـ وهو تسعون ـ وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى(٤) وإليه ذهب أبو يوسف في المرابحة والتولية، وأبو حنيفة في التولية فقط(٥).

النوع الثالث: التدليس بالكتمان:

وذلك بأن يكتم العاقد عيباً موجوداً في المبيع عند العقد(٦)؛ أي: كان يعلم أثناء التعاقد أن في المعقود عليه عيباً ينقص به الثمن لدى التجار(٧)، ومع ذلك لا يذكره للعاقد الآخر الذي ليس لديه علم به.

---

(١) الإنصاف (٤/ ٣٩٦، ٤٣٩).
(٢) الروضة (٣/ ٥٢٩ ـ ٥٣٣)، وشرح المحلي على المنهاج (٢/ ٢٢٣).
(٣) المغني لابن قدامة (٤/ ١٩٩).
(٤) المصدر السابق.
(٥) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٠٦).
(٦) يراجع: فتح القدير (٥/ ١٥١)، وبدائع الصنائع (٧/ ٣٣١٨)، والبحر الرائق (٦/ ٣٩)، وبداية المجتهد (٢/ ١٧٣)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ١٠٨).
(٧) بدائع الصنائع (٧/ ٣٣١٨)، وبداية المجتهد (٢/ ١٧٤)، والشرح الكبير مع =

لقد صرح الفقهاء بأن الأصل في العقد سلامة المعقود عليه من العيوب، كما صرحوا بأن مقتضاه السلامة منها؛ وبناء على هذا فلقد اتفقوا على أن التدليس بكتمان العيب يوجب الخيار للمدلَّس عليه[1].

قال ابن قدامة: «متى علم بالمبيع عيباً لم يكن عالماً به فله الخيار، سواء كان البائع علم العيب وكتمه ـ أي: فيكون تدليساً بالكتمان ـ أو لم يعلم؛ لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً؛ فإثبات النبي ﷺ الخيار بالتصرية[2] تنبيه على ثبوته بالعيب؛ لأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب... ولأن الأصل السلامة، والعيب حادث أو مخالف للظاهر، فعند الإطلاق يحمل عليها فمتى فاتت فات بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالعروض، وكان له الرد وأخذ الثمن كاملاً»[3].

= الدسوقي (٣/ ١٠٨)، والغاية القصوى (١/ ٤٨٠)، والمغني لابن قدامة (٤/ ١٥٩).

وقد أعاد بعض الفقهاء تعريف العيب إلى العرف، فقال الشيرازي في المهذب (١/ ٢٨٦)، وأبو عبد الله الدمشقي في رحمة الأمة (ص١٤١): «والعيب الذي يرد به البيع هو ما يعده الناس عيباً، فإن خفي رجع فيه إلى أهل الخبرة».

وفصل فيه الزركشي فقال: «العيوب المعتبرة في الشرع ثمانية أقسام منها: عيب المبيع وهو ما نقص المالية، ومثله الهبة بعوض، ومنها عيب الإجارة وهو ما يؤثر في المنفعة تأثيراً يظهر تفاوت الأجرة، ومنها عيب النكاح وهو ما ينفر عن الوطء ويكسر شهوة التواق...».

انظر: المنثور في القواعد (٢/ ٤٢٥).

وقال الخليل مع الدردير: «ورُدَّ ـ أي: المعقود عليه ـ بما العادة السلامة منه مما ينقص الثمن، أو المبيع، أو التصرف، أو يخاف عاقبته».

الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ١٠٨)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٧٣٠).

(١) المصادر السابقة.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) المغني (٤/ ١٥٩).

وقال العلامة البابرتي: «إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار... لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة.. ووصف السلامة يفوت بوجوب العيب فعند فواته يتخير؛ لأن الرضا داخل في حقيقة البيع، وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر لزوم ما لا يرضى به»[1].

وعلل ابن الهمام ذلك بقوله: «...؛ لأن السلامة لما كانت هي الأصل في المخلوق انصرف مطلق العقد إليها؛ ولأن العادة أن القصد يتجه إلى ما هو متحقق عن كل وجه؛ لأن دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف إليه إلَّا بذكره وتعيينه، ولما كان القصد إلى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده...»[2].

هذا وقد عالج الفقه الإسلامي هذا الموضوع بشكل مستفيض من خلال ما سماه بخيار العيب؛ حيث إن وجود عيب في المعقود عليه لم يعلم به العاقد الآخر موجب للخيار، سواء كان علم به العاقد المستفيد ـ فيكون تدليساً بالكتمان ـ أم لم يعلم به[3].

قال الشيرازي: «ومن ملك عيناً وعلم بها عيباً لم يجز أن يبيعها حتى يبين

---

(١) شرح العناية على الهداية (٥/ ١٥١، ١٥٢).
(٢) فتح القدير (٥/ ١٥٢).
(٣) يراجع في تفصيل خيار العيب: فتح القدير (٥/ ١٥١)، وبدائع الصنائع (٧/ ٣٣١٨)، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٥/ ٣)، ومجمع الأنهر (٢/ ٤٠)، وبلغة السالك (٢/ ٤٥٠)، وبداية المجتهد (٢/ ١٧٤)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ١٠٨)، وشرح الخرشي (٥/ ١٣٥)، وشرح تحفة الحكام لابن ميارة (٢/ ٣٢)، والأم (٣/ ٥٩)، والروضة (٣/ ٢٧٠)، والغاية القصوى (١/ ٤٧٨)، والمهذب (١/ ٢٨٦)، والوجيز (١/ ١٤٣)، وتكملة المجموع للسبكي (١٢/ ١٢١)، والمغني لابن قدامة (٤/ ١٧٣)، والعدة شرح العمدة (ص٢٢٩)، وحاشية الروض المربع (٤/ ٤٤١)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٥٧٥)، وشرائع الإسلام (١/ ١٧٦)، والبحر الزخار (٤/ ٣٥٦).

عيبها، فإن باع ولم يبين العيب صح البيع مع ثبوت الخيار له، فإن لم يعلم بالعيب واشتراه، ثم علم بالعيب فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد؛ لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك فثبت له الرجوع بالثمن»[1].

---

(١) اختلف الفقهاء في البيع بشرط البراءة عن كل عيب فذهب الحنفية، والشافعي في قول، وأحمد في رواية ـ وهو مروي عن ابن عمر ـ إلى صحته، وأن البائع يبرأ به عن كل عيب قائم وقت العقد سواء كان يعلم به أم لا، ومن كل عيب يحدث إلى وقت القبض أيضاً، خلافاً لمحمد في الحادث، وسواء كان في حيوان أو في غيره.
وذهب مالك فيما عدا الرقيق والشافعي في قول، وأحمد في رواية إلى أن العقد صحيح لكن الشرط باطل، فلا يبرأ به البائع مطلقاً، سواء علم به أو لم يعلم. قال المرداوي الحنبلي: «وهذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب».
وذهب الظاهرية، والشافعي في قول، وأحمد في رواية إلى أن العقد فاسد.
وذهب الشافعي في القول الراجح وأحمد في رواية إلى أنه لا يبرأ إلَّا من العيوب التي كان لا يعلم بها، فعلى هذا يسقط عنه خيار العيب ولا يسقط خيار التدليس، وهذا مروي عن عثمان وزيد بن ثابت، وهو قول لمالك في الرقيق خاصة، وفي رواية عنه في الحيوان مطلقاً، قال الشافعي: «فالذي نذهب إليه قضاء عثمان: أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمعه البائع...».
والذي يظهر رجحانه: أن البيع بشرط البراءة من العيوب صحيح، وأنه يبرأ به عن كل عيب لم يعلمه، ولا يبرأ به عن عيب علمه فكتمه؛ لأنه تدليس وغش، وذلك لما روي أن عبد الله بن عمر باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة من العيب بثمانمائة درهم فأصاب به زيد عيباً فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله، فترافعا إلى عثمان فقال عثمان لابن عمر: «تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال: لا. فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم». قال ابن قدامة: «وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكان إجماعاً». لكن دعوى الإجماع يمنع من التسليم بها؛ أنه روي عن ابن عمر القول بأن: البراءة عن كل عيب جائزة ونافذة.
انظر: فتح القدير (٥/ ١٨٢)، وبدائع الصنائع (٧/ ٣٠٨٠)، والكافي لابن عبد البر (٢/ ٧١٢)، وبداية المجتهد (٢/ ١٨٤)، وبلغة السالك (٢/ ٤٦١)، والأم (٣/ ٦٢)، والروضة (٣/ ٤٧٠)، والغاية القصوى (١/ ٤٧٩)، والمغني لابن قدامة (٤/ ١٩٧)، والإنصاف (٤/ ٣٥٩)، والإفصاح (ص٣٤٧)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٩٧٥).

الفرق بين خيار التدليس وخيار العيب:

وحينئذ يثور سؤال حول جدوى القول بخيار التدليس بكتمان العيب بعد القول بأن وجود العيب بوحده سبب كاف في الخيار؟ وبعبارة أخرى: إذا كان العيب بوحده سبباً للخيار، فما فائدة القول بخيار التدليس بكتمان العيب، فهل هناك فرق بينهما؟

للجواب عن ذلك نقول: إنه توجد آثار تترتب على القول بخيار التدليس بكتمان العيب لا تتوفر في القول بخيار العيب، نتيجة فروق جوهرية بينهما، وهي:

أولاً: **أن خيار العيب** لا يشترط فيه علم البائع ـ مثلاً ـ بالعيب، فهو منوط بظهور عيب كان موجوداً أثناء العقد، سواء كان علم به أم لم يعلم.

وأما خيار التدليس، فإنما يتحقق إذا كان قد علم ثم أخفاه عن المشتري، بل قد يستعمل طرقاً احتيالية لإخفاء العيب حتى لا يراه هذا في كتمان العيوب. وأما من حيث مفهوم التدليس فهو أعم من الكتمان كما سبق، فقد يكون بكتمان عيب، وقد يكون بإبهام وجود بعض صفات مرغوبة في المعقود عليه ـ كما سبق ـ .

ثانياً: أن الإبراء من العيوب إذا كان يسقط خيار العيب عند جماعة من الفقهاء[1] لكنه لا يسقط خيار التدليس، إذ هو لا يؤثر عندهم في عيب علمه ثم أخفاه، فلو علم بالعيب ثم باعه بشرط البراءة منه، ثم اطلع عليه المشتري فإن حقه في الخيار لا يسقط لأنه دلس عليه، والسبب في ذلك: أن البائع في المسألة الأولى كان جاهلاً بوجود العيب وشرط هذا الشرط للاحتياط وليس للاحتيال، فيكون شرطه صحيحاً مسقطاً الضمان عليه بقبول المشتري هذا

---

(١) مصادر الهامش السابق.

الشرط، وأما البائع في المسألة الثانية فقد كان عالماً بالعيب فكتمه، ثم اشترط هذا الشرط تهرباً من أثره واحتيالاً، فيعاقب بنقيض قصده؛ لأنه أقدم على العقد بسوء نية[1].

ثالثاً: إذا كان الجزاء المترتب على وجود العيب يتفق مع الجزاء المترتب على التدليس بالعيب ـ وهو الخيار ـ، غير أن طبيعة الجزاء تختلف من حيث الوصف؛ حيث إن عمل المدلس حرام وقد يعاقب بعقوبة تعزيرية، في حين أن وجود العيب لا يؤدي إلى ذلك، فقد قال ﷺ: «لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلَّا بيَّنه له»[2]. قال ابن قدامة: «وسواء في التدليس ما علم به فكتمه، وما ستره، فكلاهما تدليس حرام»[3].

النوع الرابع: التدليس من الغير:

ذكرنا أثناء التقسيم أن الغش ـ أو التدليس ـ كما أنه يمكن أن يكون من أحد المتعاقدين فكذلك يمكن أن يكون من غيرهما، ولا يخفى أن أبرز تطبيق للتدليس من الغير هو بيع النجش كما سبق، وقد ألحق الفقهاء به كثيراً من المسائل.

والشرط الأساسي في التدليس من الغير هو أن يكون بتواطؤ من العاقد المستفيد أو على علم به، أو يفرض أن يكون قد علم به.

قال الحصكفي: «وإن غره ـ أي: غر المشتري البائعُ أو بالعكس ـ أو غره الدلال فله الردة»[4].

---

(١) المغني لابن قدامة (٤/ ١٩٧، ١٩٨).

(٢) رواه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات (٢/ ٧٥٥)، ويراجع: نيل الأوطار (٦/ ٣٦٩).

(٣) المغني لابن قدامة (٤/ ١٦٧).

(٤) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/ ١٤٤).

ويفهم من تقييد التغرير من الدلالة أن السبب في ذلك هو أن الدلال ليس غريباً عن العقد فهو أمين البائع ـ أو المشتري ـ وما يصدر منه لا بد وأن يكون بتواطؤ معه أو يفرض ذلك؛ أي: لا يغيب عن العاقد المستفيد، أو لو أراد أن يعلمه لكان بإمكانه ذلك. فلهذا، فالتغرير الذي يقوم به الدلال أو نحوه يكون في الغالب معلوماً للعاقد المستفيد، أو يستطيع أن يعلم به، لذلك فيحاسب عليه[1].

قال العلامة السبكي ـ في سبب إطلاق وجوب بيان العيب مطلقاً في الحديث دون تقييد بالعلم: «وليس في شيء من الروايات تقييد حرمة كتمان العيب بالعلم، وإن كان العلم لا بد منه في التكليف، ولكن تَرْكُ ذكره كما في الحديث أبلغ في الزجر عن ذلك، وأدعى إلى الاحتياط والاحتراز، فإنه قد يكون بالمبيع عيب لا يعلمه البائع ولكنه متمكن من الاطلاع عليه، ولو بحث عنه واستكشفه لعلمه، فإهماله لذلك وتركه الاستكشاف... تفريط منه لا يمنع تعرضه للإثم بسببه»[2].

موازنة موجزة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي

لقد تبين مما سبق أنَّ الفقه الإسلامي قد عالج مسائل التدليس والتغرير بشكل واسع ودقيق، بل قد وصل إلى إقامة نظرية متكاملة لكل ما هو غش وأثره في العقود إلى مدى بعيد، بل نستطيع أن نقول: إنه أوسع بكثير مما وصل إليه الفقه اللاتيني، والفقه الإنجليزي؛ فقد عالج الغش على الصعيد الداخلي والأخلاقي؛ حيث حرم كل ما هو غش، كما رتب عليه آثاراً قانونية.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ١٤٤).
ويراجع: الأستاذ السنهوري: مصادر الحق (٢/ ١٧٢).
(٢) تكملة المجموع للسبكي (١٢/ ١١١). ويراجع: الأم (٣/ ٦٠).

فقد كان التدليس لدى غالب الفقه الفرنسي والمصري يعرف بأنه: استعمال طرق احتيالية لإيقاع آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد[1].

فعلى ضوء هذا التعريف أصبح التدليس والغلط واحداً، ولذلك انتقد هذا التعريف، واتجه القانون المدني المصري في مادته (١٢٥) إلى اعتبار التدليس عيباً من عيوب الرضا، إضافة إلى الغلط، ولم يعترف به القانون الروماني في البداية، ولا القانون الإنجليزي[2].

ولا يخفى أنَّ الصبغة الدينية نفتقدها في الفقه الوضعي.

وبالإضافة إلى ذلك، فإنَّ الفقه الإسلامي حرم الغش ورتب عليه الأثر مع قطع النظر عن المقابل، في حين أن القانون الروماني لم يحرم الغش ولم يرتب عليه الأثر إلَّا مع المواطن الروماني. كما أنَّ مفهوم الكذب يختلف في الفقه الإسلامي عن غيره، فالكذب عنده هو كل ما هو خلاف الحقيقة سواء أثر فعلاً في نفسية العاقد أم لا، وسواء صاحبته طرق احتيالية أم لا، في حين أنَّ الفقه الإنجليزي جعل الكذب المجرد ـ في غير التأمين ونحوه ـ والمبالغة لتشويق العاقد الآخر من صفات «البائع الناجح».

ثمَّ إنَّ الفقه الإسلامي قسم العقود بالنسبة للتدليس إلى قسمين:

١ ـ قسم يؤثر فيه أدنى مخالفة للحقيقة والواقع، وهو عقود الأمانة التي بناها على الثقة والأمانة، وفرض فيها على الناس منتهى الصدق والأمانة، حتى جعل مجرد الكذب فيها خيانة تجعل العقد قابلاً للفسخ والإبطال، وهي عقود أراد بها الفقه حماية من ليس له خبرة في مجال التعامل بأن يتبع حدودها المرسومة فيدفع عن نفسه الأذى، والخيانة، ويرفع عنها الغبن.

---

(١) د. السنهوري: الوسيط (١/ ٤٢٠)، ولاكوست: التدليس في العقود، رسالة دكتوراه عام ١٨٩٢م في تولوز.

(٢) يراجع لمزيد من البحث للتدليس: د. علي القره داغي: مبدأ الرضا في العقود (١/ ٦٧٠ وما بعدها).

٢ ـ وقسم يؤثر فيه التدليس، لكن بشروط ومواصفات اختلف الفقهاء المسلمون في مدى التوسع فيها أو التضييق منها، حيث اشترط بعضهم تحقق الغبن بجانب التغرير. وهو العقود العادية ـ أي: غير عقود الأمانة ـ . وقد استطاع الفقه الإسلامي أن يحافظ على التوازن المطلوب بين ما يتطلبه التعامل من استقرار وثبات، وما يتطلبه الرضا الحقيقي من كونه متنوراً محيطاً بما يدور حول ما أقدم عليه.

فالفقه الإسلامي يعتد بالتدليس سواء كان تحقق بطرق الخداع أم بالكذب المجرد، أم الكتمان، كما يعتد به إذا كان صادراً عن الغير، ولا يختلف عنه الفقه الوضعي إلّا في بعض أمور تتعلق بالكذب المجرد، والكتمان ـ كما سبق ـ .

٣ ـ الغلط

تمهيد:

لم يشتهر «الغلط» في الفقه الإسلامي كنظرية متكاملة بين فيها أركانه، وشروطه على عكس ما ظهرت فيه نظريتا الإكراه والتدليس، وذلك يعود إلى طبيعة هذا الفقه، ونزعته الموضوعية، لكنه قد استطاع علاج جميع حالات الغلط من خلال نظريات، وتسميات أخرى، بل ربما من خلال «دعوى الغلط» الموجودة في بعض المذاهب ـ كما سيأتي ـ .

ولذلكَ نتكلم عن الغلط على ضوء نظريته التقليدية، ونظريته الحديثة، وما يتعلق بهما بالقدر الذي يتعلق بموضوعنا، دون الخوض في التفصيلات، والجزئيات ثم نتبعها بما ورد في الفقه الإسلامي حول هذا الموضوع، وذلك في فرعين:

الغلط في القانون

عرف الفقه الوضعي: الغلط عموماً بأنه وهم يقوم في ذهن المتعاقد يصور له الأمر على غير حقيقته فيدفعه إلى التعاقد[1].

وبعبارة موجزة فالغلط هو: **توهم غير الواقع**[2].

وغير الواقع: إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم العاقد صحتها، مثل أن يعتقد المشتري أن التحفة التي اشتراها كانت من الفضة مع أنها في الواقع من معدن آخر أقل منها قيمة بكثير. **أو أن يكون واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها**، مثل أن يعتقد البائع أن القطعة التي باعها كانت من الذهب

---

(١) يراجع في تفصيل هذا الموضوع في القانون المصري: د. السنهوري: الوسيط (١/ ٣٨٢)، والموجز (ص٩٠)، ود. عبد الحميد حجازي: المصدر السابق (١/ ٣٠٥)، ود. محمود جمال الدين زكي: نظرية الالتزام (ص١١٨)، ود. جميل الشرقاوي: رسالته في البطلان (ص٢٠٩)، والنظرية العامة للالتزام، ود. محمد علي عمران: مصادر الالتزام (ص٦٣)، وأنور العمروسي: المصدر السابق (١/ ٢٩٥)، ومحمد مختار القاضي: أصول الالتزامات (ص٥٠)، ود. حسين النوري: مصادر الالتزام (ص١٦٣)، ود. محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام (ص١٤٣).
ويراجع في القانون الفرنسي: جوسران: المصدر السابق (بند ٦٠ ـ ٦٦)، وموراندیه (Morandiere): المصدر السابق (ص١٨٧) بند (٣٢٦)، ومارسيل: المصدر السابق (ص٧٠) بند (١٧٨)، و (Gadeffroy)، رسالته عن الغلط المانع باريس سنة ١٩٢٤م.
وراجع: في القانون الروماني: د. شفيق شحاتة: نظرية الالتزامات في القانون الروماني (ص٣٦٥)، ود. صوفي أبو طالب: الوجيز في القانون الروماني (ص٣١٩)، ود. عبد الحميد الحفناوي: نظرية الغلط في القانون الروماني، ط. دار المعارف بالإسكندرية (ص٥) وما بعدها، وغيرها من المصادر التي نذكرها.

(٢) د. السنهوري: الوسيط (١/ ٣٨٢)، ود. جميل الشرقاوي: رسالته في البطلان (ص٢٠٩)، ود. عبد الحميد الحفناوي: المصدر السابق (ص٥).

المغشوش في حين أنها من الذهب الإبريز. **فالغالط يتفق مع الجاهل في** كونهما قد انتفت عندهما الفكرة الحقيقية عن شيء ما لكنهما يختلفان في أن الغالط قد يكون لديه تصور غير صحيح عن الشيء، في حين أن الجاهل خالي البال ليس لديه أي تصور[1].

هذا ولم يكن القانون الروماني يعرف الغلط كعيب في الرضا، وإن كان قد وضع لبعض حالاته الحلول، فلم يسلِّم الفقه في العصر العلمي بأن الغلط يعد عيباً في الإرادة، كما أنه لم يصل في تقديره إلى ترتيب البطلان عليه، وكذلك الأمر في عصر الإمبراطورية السفلى[2].

غير أنه ظهر في عهد جوستنيان أفكار حول الغلط تبلورت في مجموعاته وأدت إلى أن الغلط يؤدي إلى البطلان إذا كان واقعاً في ماهية التصرف القانوني، أو في ذاتية الشيء محل التصرف (وكذلك في جوهره بالنسبة لتصرفات حسن النية) أو في شخص من وجه إليه التعبير عن الإرادة إن كانت شخصيته محل اعتبار[3]، لكنه مع ذلك لم ينظر إلى الغلط باعتباره عيباً في الرضا، بل باعتباره إعداماً له.

وقد قال فقهاء الرومان: «إن الغلط يمنع من وجود الرضا»[4]، وذلك

---

(١) المصادر السابقة، وقد خلط الفقيه الفرنسي (دوما) بين الغلط والجهل، ولم يفرق بينهما. انظر: قوانين دوما المدنية (١/ ٣٨٣)، المشار إليها في محمد سعيد: المصدر السابق (ص٦٩٢).

(٢) د. شفيق شحاتة: المصدر السابق (ص٣٦٥)، ود. عبد الحميد الحفناوي: المصدر السابق (ص٣٨١ ـ ٣٨٥)، ود. صوفي أبو طالب: الوجيز في القانون الروماني (ص٣٩).

(٣) د. صوفي أبو طالب: المصدر السابق (ص٣٢٩ ـ ٣٣٠).

(٤) موسوعة جوستنيان (٢، ١٤، ١، ٣)، ومجموعة الدساتير (١، ١٨، ٩).
وراجع: د. صوفي أبو طالب: المصدر السابق (ص٣٣٠)، ومارسيل: المصدر السابق (ص٧٠) بند (١٧٨).

لأن القانون الروماني لم يعرف فكرة قابلية التصرف القانوني للإبطال للغلط؛ لأن الإرادة في نظره إما أن تكون موجودة فيصح التصرف القانوني، وإما أن تكون منعدمة فيبطل؛ ولذلك لا يؤثر الغلط في العقد إذا كان في الصفة، أو في الباعث على التعاقد[1].

شروط الغلط المؤثر:

حتى يكون الغلط مؤثراً لا بدَّ من توافر الشرطين الآتيين فيه:

الشرط الأول: أن يكون جوهريًّا:

وقد حددت المادة (١٢١ م.م) فنصت على:

١ ـ أن يكون الغلط جوهريًّا إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

٢ ـ ويعتبر الغلط جوهريًّا على الأخص:

(أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك.

(ب) إذا وقع في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد. اهـ.

الشرط الثاني: أن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر:

وذلك كما نصت عليه المادة (١٢٠ م.م).

وللغلط أنواع كثيرة لا يسع المجال للخوض فيها[2].

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) يراجع: مبدأ الرضا في العقود (ص٧٦٥ ـ ٨٣١) من الجزء الثاني.

الغلط في الفقه الإسلامي

أولاً: التعريف بالغلط:

الغلط ـ محركة ـ : أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه من غير تعمد، ويقال: غلط في منطقه، وفي الحساب: أي: أخطأ وجه الصواب فيه[١].

والفقهاء السابقون إذا استعملوا الغلط فهم يريدون به الجهل بالشيء، أو الخطأ فيه، فقد قال الخرشي، والدسوقي: «المراد بالغلط في ذات المبيع جهل اسمه الخاص...»[٢].

في حين أن المراد به في كلام بعض فقهاء الحنفية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥]: الخطأ إما في الحساب، أو في المحل، أو في الوصف.

قال النووي: «قال أصحابنا: إذا غلط في نية الوضوء فنوى رفع حدث النوم وكان حدثه غيره صح بالاتفاق... ولو غلط في الآذان وظن أنه يؤذن للظهر وكانت العصر...»[٦].

هذا وقد ذكر الباحثون المعاصرون تعريفات للغلط:

فقد عرفه الشيخ أبو زهرة بأنه: «أن يذكر محل العقد المعين موصوفاً بوصف، ثم يتبين أن هذا الوصف غير متحقق فيه، كمن يشتري داراً على أنها مبنية بالآجر فتبين أنها مبنية باللبن»[٧].

---

(١) القاموس المحيط (٢/ ٣٩٠)، ولسان العرب (ص٣٢٨١)، والمصباح المنير (٢/ ١٠٤).
(٢) شرح الخرشي على المختصر (٥/ ١٥٢)، وحاشية الدسوقي على الشرح (٣/ ١٣٩).
(٣) الهداية مع تكملة فتح القدير (٨/ ٢٠).
(٤) المجموع (١/ ٣٣٥).
(٥) العمدة مع شرحه العدة (ص٢٣٢).
(٦) المجموع (١/ ٣٣٥)، والمصادر السابقة.
(٧) الشيخ أبو زهرة: نظرية العقد (ص٤٥٩).

ولا يخفى أن هذا التعريف غير جامع، حيث لا يشمل إلَّا الغلط في المحل.

ويقول الأستاذ محمد سلام مدكور: «نقصد بالغلط هنا أن يتصور العاقد محل العقد على هيئة، أو وصف غير حقيقته التي هو بها»[1]، وهذا التعريف أيضاً لا يشمل الغلط في شخص العاقد مع أنه معتبر كما سيأتي، كما أنه يلاحظ أن الغلط بهذا المعنى ليس له تأثير في الفقه الإسلامي ـ كما صرح هو به ـ إلَّا إذا أظهره[2]، مع أن التعريف ليس فيه أي إشارة إلى هذا القيد الأخير، فعلى هذا يكون التعريف غير منسجم مع اتجاه الفقه الإسلامي ـ كما سيأتي ـ ، الذي لم يعترف بأثر الغلط بمعنى التصور فقط، بل في الحقيقة إنه تعريف للغلط في المحل على ضوء تصور الفقه الوضعي له.

ولذلك فالتعريف الراجح في نظري الذي يستنبط من الأمثلة التي ذكرها الفقه الإسلامي هو: «**عدم المطابقة بين ما يقوله الشخص أو يكتبه، وبين الواقع المقصود بدون تعمد**».

لأنه إذا كان بتعمد يكون كذباً وهو أيضاً يؤثر في العقد ـ كما سبق ـ.

وهذا التعريف عام لكل غلط في العقود وغيرها من العبادات، كما هو وجهة نظر الفقه الإسلامي في ذكره الغلط شاملاً لجميع ما يقع فيه الغلط من فروع الشريعة.

وإذا أردنا أن نعرف الغلط في العقود نقول: هو: «**عدم مطابقة التعبير للواقع المقصود لدى العاقد دون تعمد**».

---

(١) الأستاذ محمد سلام مدكور: المدخل للفقه الإسلامي (ص٦٣٠)، والوجيز (ص٢٢٨).

(٢) الأستاذ مدكور: المدخل (ص٦٣١)، حيث قال: «فإذا تصور العاقد هذا في نفسه دون أن يظهر عقيدته... فالعقد صحيح ولا أثر مطلقاً لما كان يعتقده في نفسه ما دام لم يغرر به أحد، ولم يظهر هذه العقيدة للطرف الآخر».

والتعريف بهذا المعنى شامل لجميع أنواع ما يقع فيه الغلط من محل، أو شخص، أو نحوهما، فالغلط في المحل على ضوء تعريفنا هذا هو أنه حينما يقول أو يكتب: بعتك هذه الشاة، فإذا هي نعجة؛ فقد خالف الواقع ما قاله، أو كتبه، فإذا كان متعمداً فيكون كذباً وخيانة وتغريراً، وإن كان بدون تعمد فهو الغلط والخطأ. وفي الحالتين يؤثر في العقد ـ على التفصيل الآتي ـ ، وهذا التصوير هو المطلوب في الفقه الإسلامي، لا مجرد التصور، وكذلك الأمر في الغلط في الشخص وغيره.

ثانياً: أنواع الغلط المتصورة في الفقه الإسلامي:

ونحن هنا بعد أن ذكرنا تعريف الغلط في اللغة، والاصطلاح الشرعي، نذكر أنواع الغلط المتصورة على ضوء تقسيمات الفقه الحديث، فنذكر الحلول التي أوردها الفقهاء المسلمون لها متضمنة أحكام الجهل والخطأ؛ لعلاقتها الوثيقة بالغلط، ثم نتبع ذلك بخلاصة مع التحليل والموازنة.

١ ـ الغلط في المحل (المعقود عليه):

وهو أن يظهر المعقود عليه بعد تمام العقد أنه مخالف لما وقع عليه العقد ذاتاً، أو وصفاً[(١)].

وقد اشتهر هذا النوع في الفقه الإسلامي بـ: «**فوات الجنس، أو الوصف المرغوب فيه**»، وهو أبرز أنواع الغلط وأكثرها بروزاً.

وقبل أن ندخل في تفصيلات هذا النوع أحب أن أشير إلى أن اتحاد الجنس، أو اختلافه له دور بارز في الخطأ، فقد صرحوا بأنه إذا وقع العقد على عبد فظهر أنه جارية: بطل العقد، لاختلاف الجنس. وإذا وقع على

---

(١) عيسوي أحمد: المدخل للفقه الإسلامي، ط. دار التأليف القاهرة (ص٥٢٥)، وبحر العلوم، رسالته السابقة (ص٤٧٨).

نعجة فظهرت أنها كبش: لم يبطل، لاتحاد الجنس، لكنه يتخير، لفوات الوصف[١].

خلاصة الآراء في الغلط في الجنس، أو في الوصف مع الترجيح:

على ضوء استقرائنا لآراء الفقهاء حول هذه المسألة[٢]، نرى: **أن في الغلط في الجنس ـ المصطلح عليه فقهيًّا ـ ثلاثة آراء:**

الرأي الأول: القول بالبطلان، وهذا مذهب الحنفية ما عدا الكرخي[٣]، والشافعية في الوجه الراجح[٤]، والحنابلة[٥]، والظاهرية[٦].

الرأي الثاني: القول بالفساد، وهذا مذهب الكرخي[٧].

الرأي الثالث: القول بعدم اللزوم، فيكون للطرف الذي وقع عليه الغلط الخيار، وهذا مذهب المالكية[٨] ووجه للشافعية[٩] والإمامية[١٠].

---

(١) يراجع: مجمع الأنهر (٢/ ٦٠)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ١٤٠)، والمهذب (١/ ١٨٧)، وكشاف القناع (٣/ ١٦٥)، والمحلى (٩/ ٤٥١).

(٢) يراجع: مبدأ الرضا في العقود (ج ٢/ ٨٠٢ ـ ٨٠٨).

(٣) المصادر السابقة أنفسها.

(٤) المصادر السابقة أنفسها.

(٥) المصادر السابقة أنفسها.

(٦) المصادر السابقة أنفسها.

(٧) المصادر السابقة أنفسها.

(٨) المصادر السابقة أنفسها.

(٩) المهذب (١/ ٢٨٧)، وتكملة المجموع (١٢/ ٣٢٩).

(١٠) المكاسب (ص٢٨٨)، وتحرير المجلة لكاشف الغطاء (٢/ ١٧٨، ١٧٩).

وأما الغلط في الوصف ففيه رأيان:

الرأي الأول: القول بالبطلان، وهو مذهب الظاهرية[١] ورأي غريب للشافعية[٢].

الرأي الثاني: القول بعدم اللزوم، وإثبات الخيار، فهذا مذهب الجمهور[٣].

هذا، وقد قيد بعض الباحثين[٤] هذا الخلاف في فوات الوصف بالتصرفات التي تقبل الفسخ.

وعلى هذا، فالعقود التي لا تقبل الفسخ ـ كالنكاح في نظرهم ـ لا يؤثر فيها فوات الوصف.

ويلاحظ عليه، بأن تصنيف التصرفات على هذا الترتيب خاص بالحنفية وبعض أصحاب مالك، فالنكاح عند غيرهم يقبل الفسخ ـ كما سبق ـ ، قال ابن تيمية: «وقول من قال من أصحاب أبي حنيفة ومالك وغيرهم: "إن النكاح لا يقبل الفسخ" لا دليل عليه، بل الكتاب والسنَّة والآثار والقياس تدل على نقيضه، وأن النكاح يقبل الفسخ كما هو قول أصحاب رسول الله ﷺ وأكثر السلف، والخلفاء الراشدون أثبتوا الفسخ بالعيوب»[٥].

والذي يظهر لنا رجحانه[٦]: هو القول القائل بأن: فوات الجنس يؤدي إلى البطلان، وفوات الوصف يؤدي إلى إثبات الخيار.

---

(١) المحلى لابن حزم (٩/ ٤٥١).

(٢) قال السبكي في المجموع (١٢/ ٣٢٩): «إن الحناطي حكى قولاً غريباً: "إن الخلف في الشرط يوجب فساد البيع"».

(٣) المصادر السابقة أنفسها.

(٤) الأستاذ الشيخ أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد (ص٤٦١).

(٥) قاعدة العقود (ص١٥٥).

(٦) سبق من خلال عرض النصوص أن كل مذهب ذكر لنفسه أدلته ولذلك لا داعي لإعادته مرة ثانية.

وذلك لأن العقد عند فوات الجنس يصبح بلا محل ومعقود عليه فيكون عقداً على معدوم، أو أنه بيع مجهول، حيث إن البائع أو المشتري يجهلان حقيقة المعقود عليه، ولا شك أن بيع المجهول باطل.

وأما عند فوات الوصف: فأشبه ما يكون بخيار الشرط حينما لا يتحقق فيه المشروط فيصح العقد لوجود المحل المعلوم، ولا يلزم من هذا الخلل القول بالبطلان، بل يلزم إثبات الخيار؛ ليتدارك المتعاقد المتضرر ما فاته، وكخيار العيب حينما يجد المتعاقد نقصاً في المعقود عليه يكون له الخيار.

٢ ـ الغلط في الشخص:

سبق أن ذكرنا أن الفقه الوضعي لا يعبأ بالغلط في الشخص إلَّا إذا كانت شخصية العاقد نفسها محل اعتبار.

وإذا نظرنا إلى العقود التي تكون شخصية العاقد فيها محل اعتبار ـ وقد أثر فيها الغلط في الفقه الوضعي ـ نجد أن الفقه الإسلامي قد عالجها أيضاً بأسلوبه الخاص، فأعطى التأثير للغلط في بعضها.

ففي عقد النكاح اشترط الفقهاء أن يكون كل واحد من الزوجين معيناً إما بالاسم أو بالإشارة، أو بالوصف المعين، لكن عند اجتماعها واختلاف مدلولاتها تقدم الإشارة على الاسم والوصف؛ لأنها أبلغ، وكذلك يقدم الوصف على التسمية.

فلو كانت لشخص أكثر من بنت فقال: زوجتك بنتي هذه زينب، فبانت أنها فاطمة؛ انعقد النكاح على فاطمة؛ لأن الإشارة في باب النكاح أبلغ من الاسم.

ولو قال: زوجتك بنتي الكبرى ـ واسمها زينب مثلاً ـ وذكر اسم بنته الصغرى ـ واسمها فاطمة ـ ؛ صح النكاح على الكبرى بناءً على الوصف، وحمل ذكر الاسم فيه على الخطأ. وفيه رأي أنه يبطل العقد حينئذٍ.

أما إذا قال: زوجتك بنتي زينب ـ أي: الكبيرة ـ ، وقصد تزويج الصغيرة، أو بالعكس، صح النكاح على الصغيرة إن كان الزوج قد قصد تزويجها، ولغت التسمية.

ولو قال الزوج: قصدت الكبيرة، وصدقه الولي؛ لم يصح العقد؛ لأنه قبل غير ما أوجب[1].

وفي **عقد الإيجار** ذكر الفقهاء نصوصاً تؤكد على أن شخص الأجيرة وصفاتها في عقد الحضانة والإرضاع محل اعتبار كبير، فقد نصوا على أن ولي الطفل إذا اتفق مع امرأة لإرضاع طفله، أو حضانته لمدة سنة مثلاً، ثم ظهر أنها حمقاء، أو سيئة الخلق أو السمعة، أو بذيئة اللسان، أو سارقة، أو مجنونة، أو مصابة بمرض بدني، أو عقلي، أو يتقيأ الصبي لبنها، أو ظهرت أنها حبلى: فللولي، أو من ينوب عنه أن يفسخ العقد قبل مضي المدة[2].

وقد علل الحنفية ذلك بأن الإجارة وإن كانت عقداً لازماً للطرفين لكنها تنفسخ بمثل هذه الأعذار الخطيرة[3].

وقد ذكر الشيرازي والنووي أن «الإجارة تنفسخ بخلل يعرض في المعقود عليه، مثل ما ينقص المنفعة كمرض الدابة»[4]. كما ذكرا لبعض الشافعية رأياً ينص على أنه لا بد في إجارة الدار من ذكر عدد السكان[5].

---

(١) يراجع في تفصيل هذه المسألة وما يدور حولها من خلاف: فتح القدير (٢/ ٢٤٥)، والروضة (٧/ ٤٤)، والشرح الكبير (٢/ ٣٦٧)، والمغني لابن قدامة (٧/ ١٣٥ ـ ١٣٧)، والمحلى لابن حزم (١٠/ ٥٢٠).

(٢) يراجع: المبسوط (١٥/ ١١٩ ـ ١٢٢)، والبحر الرائق (٨/ ٢٤ ـ ٢٦)، ومجمع الأنهر (٢/ ٣٨٧)، والروضة (٥/ ٢٣٩)، والمهذب (١/ ٤٠٥)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٩٦).

(٣) المبسوط (٢٥/ ١١٩ ـ ١٢٢)، والبحر الرائق (٨/ ٢٤ ـ ٢٦)، ومجمع الأنهر (٢/ ٣٨٧).

(٤) المهذب (١/ ٤٠٥)، والروضة (٥/ ٢٣٩).

(٥) المصدران السابقان.

غير أن الفقهاء اختلفوا في تكييف هذه المسائل، فذهب الحنفية إلى أن فسخ الإجارة في هذه المسائل يعود إلى أن الإجارة تنفسخ بهذه الأعذار وبالعذر الطارىء[1]. في حين ذهب الجمهور إلى أن الإجارة لا تنفسخ بالعذر الطارىء نفسه ـ شأنها في ذلك شأن العقود ـ بل تنفسخ بوجود عيب بها، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة، أو وجود خلل في المنفعة[2].

٣ ـ الغلط في القيمة:

يقصد بذلك وقوع الغبن نتيجة الجهل بقيمة الشيء؛ كأن يتصور أن المعقود عليه يساوي كذا، في حين أنه لا يساوي ذلك.

وهذه المسألة تعالج في الفقه الإسلامي تحت **نظرية الغبن**.

وقد سبق أن جماعة من الفقهاء اعتدوا بالغبن الفاحش مطلقاً، ولا سيما المالكية الذين اعتدوا بالغبن الفاحش مطلقاً ما دام سببه يعود إلى جهل المغبون، أو عدم خبرته، قال المواق: «الغبن في البيع إن كان بسبب الجهل بقيمة المبيع ففيه طرق...»[3].

٤ ـ الغلط في التعبير:

وذلك كأن يريد الشخص أن يقول: فعلت كذا وكذا، أو غسلت هذا الشيء فيسبق لسانه فيقول: بعتك هذا الشيء ـ لشيء آخر ـ، أو يريد أن يقول لزوجته: أنت طاهرة، فيسبق لسانه فيقول: أنت طالق ـ مثلاً ـ.

---

(١) المبسوط (١٥/ ١١٩، ١٢١)، ومجمع الأنهر (٢/ ٣٨٧).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٢٢٩)، والمهذب (١/ ٤٠٥)، والروضة (٥/ ٢٣٩)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٤٨).

(٣) التاج والإكليل (٤/ ٤٦٨، ٤٦٩)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ١٤١)، والبهجة في شرح التحفة (٢/ ١٠٦، ١٠٧).

فهذا يسمى في الفقه الإسلامي بالخطأ، وبَحَثه الأصوليون بإسهاب، فنذكر ما يتعلق بموضوعنا بإيجاز.

فالخَطَأ ـ بفتح الخاء والطاء ـ لغة: هو ما لم يُتَعَمَّد، وضد الصواب.

والخِطْء ـ بكسر الخاء وسكون الطاء ـ : ما تُعمِّد. والإثم، والخطيئة: الذنب[1]. وفي القرآن الكريم: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا...﴾[2] أي: غير متعمد.

وفي الاصطلاح: هو وقوع الشيء من الإنسان من غير ما يقصده[3]، وذلك بأن يقصد بفعله شيئاً فيصادف غير ما قصده.

فعلى هذا، فالفعل الواقع ـ من المخطىء ـ أو القول الصادر منه غير مقصود له بالذات، وإن كان قد قصد شيئاً[4].

---

(١) لسان العرب (ص١١٩٢)، والقاموس المحيط (١/ ١٤)، والمصباح المنير (١/ ١٨٧).

(٢) سورة النساء: الآية٩٢.

(٣) يراجع في تفصيل ذلك: صدر الشريعة في: التوضيح (٢/ ٣٨٨)، وتيسير التحرير (٢/ ٣٠٥ ـ ٣٠٧)، وفتح الغفار شرح المنار (٣/ ١١٨)، والمنثور في القواعد للزركشي (٢/ ١٢٢)، والأشباه للسيوطي (ص٢٠٦ ـ ٢١٧)، والتعريفات للسيد (ص٢٣)، وكشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ١٧٣)، وتسهيل الوصول (ص٣٢٨).

(٤) قال صدر الشريعة في التوضيح (٢/ ٣٨٨): «الخطأ هو أن يفعل فعلاً من غير أن يقصده قصداً تاماً». وعلق عليه التفتازاني في التلويح (٢/ ٣٨٨) بقوله: «وذلك لأن تمام قصد الفعل بقصد محله، وفي الخطأ يوجد قصد الفعل دون قصد المحل، وهذا مراد من قال: إنه فعل يصدر بلا قصد إليه عند مباشرة أمر مقصود سواه».

الركن الثالث
المعقود عليه

المعقود عليه هو محل العقد، وهو يختلف في كل عقد: ففي البيع هو: الثمن، والمبيع. وفي الإِجارة: الأجرة، والمنفعة. وفي المشاركة هو: الأموال المقدمة من كل شريك. وفي المضاربة هو: المال المقدم من رب المال، والعمل من المضارب. وفي الاستصناع هو: الثمن، والشيء المصنوع، وهكذا... وفي عقود التبرعات فالمعقود عليه هو: المال المتبرع به فقط.

الشروط العامة للمعقود عليه:

ومن المعلوم أن كل عقد من العقود الواردة في الفقه الإِسلامي له شروطه الخاصة المتعلقة بالثمن أو العوض، وبالمعوض أو المتبرع به، ولكن يمكن أن نذكر هنا بعض الشروط العامة للمعقود عليه، وهي:

الشرط الأول: أن يكون محل العقد مالاً متقوماً ومباحاً شرعاً:

على تفصيل خاص بكل عقد من هذه العقود. وبعبارة أخرى: أن يكون المعقود عليه قابلاً لحكم العقد ومقتضاه[1].

الشرط الثاني: أن يكون خالياً عن الجهالة والغرر:

والمراد بالغرر هو مستور العاقبة[2]؛ أي: هل يتحقق؟ وهل يحصل عليه أو لا؟ وهكذا.

ولذلك فهو يشمل ما يأتي:

(أ) الغرر في صيغة العقد مثل البيع المعلق على شيء في المستقبل، وبيع الحصاة، والمنابذة والملامسة.

---

(١) الشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد (ص ٢٥٤).
(٢) يراجع لمزيد من التفصيل والتأصيل: الشيخ الصديق الضرير: الغرر وأثره في العقود، ط. سلسلة صالح كامل للرسائل العلمية الجامعية الطبعة الثانية ١٤١٦هـ (ص٥٣).

(ب) الغرر في محل العقد، سواء في وجوده كبيع شيء معدوم معين يحتمل وجوده في المستقبل مثل بيع حمل حمل هذه الناقة، أو الحصول عليه مثل البعير الشارد، أو في جنسه، أو نوعه، أو صفاته، أو مقداره، أو زمنه، أو نحو ذلك[1].

والغرر يؤثر في عقود المعاوضات المالية فيجعلها فاسدة إذا كان الغرر كثيراً، لنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر، أما إذا كان الغرر يسيراً فهون مغتفر، وكذلك إذا كان العقد من عقود التبرعات.

حيث قسم الإمام القرافي العقود بالنسبة إلى أثر الغرر فيها إلى ثلاثة أقسام فقال:

«وردت الأحاديث الصحيحة في نهيه عن بيع الغرر وعن بيع المجهول.

واختلف العلماء في ذلك: منهم من عممه في التصرفات ـ وهو الشافعي ـ ، فمنع الجهالة في الهبة والصدقة والإبراء والخلع والصلح وغير ذلك، ومنهم من فصل - وهو مالك - بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو باب المماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها، وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو ما لا يقصد لذلك.

وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام: طرفان، وواسطة.

فالطرفان: أحدهما معاوضة صرفة، فيجتنب فيها ذلك إلاَّ ما دعت الضرورة إليه عادة كما تقدم أن الجهالات ثلاثة أقسام، فكذلك الغرر والمشقة. **وثانيهما** ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والإبراء؛ فإن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمي المال بل إن فاتت على من أحسن إليه لا ضرر عليه، فإنه لم يبذل شيئاً، بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه بكل طريق معلوم. أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه

---

(١) المرجع السابق (ص٩٧) وما بعدها.

فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله، فإذا وهب له عبده الآبق جاز أن يجده فيحصل له ما ينتفع به ولاضرر عليه إن لم يجده لأنه لم يبذل شيئاً، وهذا فقه جميل.

ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعمم هذه الأقسام حتى نقول يلزم مخالفة النصوص صاحب الشرع، بل إنما وردت في البيع ونحوه.

وأما الواسطة بين الطرفين، فهو النكاح، من جهة أن المال فيه ليس مقصوداً، وإنما مقصده المودة والأُلفة، والسكون يقتضي أن يجوز فيها الجهالة والغرر مطلقاً، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه، فلوجود الشبهين توسط مالك فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير، نحو: عبد من غير تعيين، وشورة بيت، ولا يجوز العبد الآبق والبعير الشارد؛ لأن الأول يرجع فيه إلى الوسط المتعارف، والثاني ليس له ضابط، فامتنع وألحق الخلع بأحد الطرفين الأولين الذي يجوز فيه الغرر مطلقاً؛ لأن العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد للمعاوضة، بل شأن الطلاق أن يكون بغير شيء فهو كالهبة.

فهذا هو الفرق بين القاعدتين والضابط للبابين والفقه مع مالك رحمه الله فيه»[1].

الشرط الثالث: أن يكون محل العقد موجوداً:

وذلك إذا كان العقد وارداً على معين، أما إذا كان وارداً على الذمة فلا يشترط ذلك لأن ما في الذمة كما هو موجود على سبيل الحقيقة[2].



(١) الفروق للقرافي (١/ ١٥٠، ١٥١).

(٢) المصادر السابقة.

الحرية التعاقدية

يقصد بالحرية التعاقدية صلاحية الرضا والإرادة في إنشاء العقود دون قيد، وفي فرض الشروط التي يريدها المتعاقدان أو أحدهما[1].

فعلى هذا، فالحرية التعاقدية تتضمن مسألتين هما: عدم التقيد بالعقود المذكورة في التشريع، وحرية اشتراط الشروط:

المسألة الأولى: عدم التقيد بالعقود الواردة في الشرع:

وهذا يعني إحداث عقود أخرى غير ما وردت به مصادر الشرع المعتبرة، وبعبارة أخرى: هل نكون مقيدين بعدد العقود التي تذكرها الكتب الفقهية والتي كانت موجودة في عصر الرسول ﷺ وقد وردت بتقريرها الأدلة الشرعية المعتبرة، فعلى هذا لا يجوز استحداث عقد جديد في عصر من العصور المتأخرة؟ أم أن حرية ذلك مكفولة فللناس أن يستحدثوا ما شاؤوا من العقود؟

للجواب عن ذلك: أنه لا خلاف بين الفقهاء المسلمين إطلاقاً في عدم جواز استحداث عقد فيه مخالفة صريحة لدليل قطعي من الكتاب أو السنَّة، فالعقود التي أبطلها الإسلام كالملامسة والمنابذة، ونحوهما، لا يقول بجوازهما أحد[2]. وكذلك الأمر في إنشاء عقد يكون فيه الربا، أو غيره من المحرمات.

---

(١) الشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد (ص٢٥٨)، وأستاذنا العدوي، المصدر السابق (ص١٢٠).

(٢) المصادر السابقة جميعها، قال ابن المنذر في كتابه الإجماع، ط. تركيا =

يقول الإمام الشافعي في معرض كلامه عن الوفاء بجميع العقود: «فظاهره عام على كل عقد... ويشبه والله أعلم: أن يكون الله تبارك وتعالى أراد أن يوفوا بكل عقد ـ كان يمين أو غير يمين ـ وكل عقد نذر: إذا كان في العقدين لله طاعة أو لم يكن له ـ فيما أمر بالوفاء منها ـ معصية»[1].

ويقول العلامة ابن تيمية ـ الذي هو من أشد المدافعين عن التوسع في العقود ـ: «وقال ﷺ أيضاً في الحديث الصحيح... في شأن بريرة لما خطب على المنبر: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط»، هذا لفظ هشام، وفي رواية الزهري عن عروة: «وإن شرط مائة مرة، كتاب الله حق، وشرط الله أوثق»[2]. بَيَّنَ ﷺ بهذه الكلمة ـ التي هي من جوامع الكلم التي بعث بها ـ أن ما خالف كتاب الله وشرط الله فهو باطل، وأن كتاب الله أحق أن يتبع مما خالفه، وشرط الله أوثق من شرط غيره... ولهذا اتفق العلماء على

= (ص٩١، ٩٢): «وأجمعوا على تحريم ما حرم الله من الميتة، والدم، والخنزير... وعلى أن بيع الخنزير وشراءه حرام... وعلى فساد بيع حبل الحبلة، وما في بطن الناقة،... وعلى فساد بيع المضامين، والملاقيح... وعلى النهي عن بيع المحاقلة والمزابنة...». وقال ابن هبيرة الحنبلي في الإفصاح (ص٣٢٦): «وأجمع المسلمون على أنه لا يجوز بيع الذهب بالذهب منفرداً والورق بالورق منفرداً ـ تبرها ومضروبها وحليها ـ إلَّا مثلاً بمثل، وزناً بوزن، يداً بيد، وأنه لا يباع شيء منها غائب بناجز، فقد حرم في هذا الجنس الربا من طريق الزيادة والنساء جميعاً»، وهكذا.

(١) أحكام القرآن للشافعي (٢/ ٦٦).

(٢) الحديث صحيح مشهور متفق عليه، رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ (٥/ ٣٢٤ ـ ٣٢٦)، ومسلم في صحيحه (٢/ ١٢٤١)، والترمذي في سننه ـ مع تحفة الأحوذي ـ (٤/ ٤٦٧)، وأبو داود في سننه ـ مع العون ـ (٦/ ٣١٥)، والنسائي في سننه (٧/ ٢٦٩)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٢)، وأحمد في مسنده (١/ ١٥٢)، والموطأ (ص٤٨٨).

أن من شرط في عقد من العقود شرطاً يناقض حكم الله ورسوله فهو باطل. . . فمن شرط في بيع، أو نكاح، أو إجارة حلَّ ما حرمه الله ورسوله، أو إسقاط ما أوجبه الله ورسوله كان شرطاً باطلاً. . . وأما ما كان مباحاً أن يفعله الإنسان بدون الشرط فهل يلزم بالشرط؟. . .»[١].

إذن فمحل النزاع: في استحداث عقود مباحة؛ أي: لم يرد بتحريمها نص، فهذا ما وقع فيه الخلاف على مذهبين:

مذهب جمهور الفقهاء: القائلين بجواز ذلك، وأن الناس أحرار في أن ينشؤوا ما شاؤوا من العقود ما لم يرد به نص يحرِّم إنشاءه، أي: أن الأصل عندهم في إنشاء العقود الإباحة ما لم يرد دليل على منعه. فعلى هذا، يبحث عن عدم الجواز حينما يرد دليل يدل عليه صراحة، وهذا مذهب الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥] والإمامية[٦] والزيدية[٧] ودافع عنها بشدة شيخ الإسلام ابن تيمية[٨].

وهذا ما توصلنا إليه من أن ذلك هو مذهب الجمهور، في حين أن ابن تيمية ومعظم المعاصرين يسندون إلى الجمهور عكس ذلك[٩].

---

(١) قاعدة العقود (ص١٤، ١٥).
(٢) تبيين الحقائق (٤/ ٨٧).
(٣) الفروق للقرافي (٣/ ١٤٥)، والموافقات للشاطبي (٢/ ٣٠٧).
(٤) الأم (٣/ ٢).
(٥) المغني لابن قدامة (٣/ ٥٦٠).
(٦) تذكرة الفقهاء للحلي (٧/ ١٦٥).
(٧) البحر الزخار (ص٢٩٢)، والروض النضير (٣/ ٤٢٥ ـ ٤٤٠).
(٨) قاعدة العقود (ص١٥ ـ ١٨)، والقواعد النورانية (ص١٨٤).
(٩) القواعد النورانية ط. م. السنَّة المحمدية ١٩٥١م (ص١٨٤)، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ط. دار العربية (٢٩/ ١٢٦).

ومذهب الظاهرية القائلين بعدم جواز ذلك وأن الأصل في إنشاء العقود الحصر ما لم يرد دليل بجوازه.

نصوص الجمهور وأدلتهم:

نذكر بعض نصوص الجمهور، وذلك لأن شيخ الإسلام ابن تيمية نقل عن بعضهم أنهم يقولون بمثل ما يقول به الظاهرية حيث قال: «والذي يمكن ضبطه فيه قولان: أحدهما: أن يقال: الأصل في العقود والشروط فيها الحظر إلَّا ما ورد الشرع بإجازته، فهذا قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة تنبني على هذا، وكثير من أصول الشافعية، وطائفة من أصول أصحاب مالك، وأحمد، فإن أحمد قد يعلل أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد فيه أثر، ولا قياس كما قاله في إحدى الروايتين في وقف الإنسان على نفسه...»[(١)].

ومع أن لازم المذهب ليس بمذهب لم يذكر أصلاً للحنفية والمالكية، والشافعية يدل على ما ادعاه كما ذكره لأحمد.

ونحن هنا نذكر نصوص هؤلاء الفقهاء ليظهر لنا بوضوح أنهم ليسوا مع الظاهرية في هذه المسألة:

فقد نص العلامة الزيلعي على أن الأصل في العقود هو الحِلُّ حيث يقول: «ولا نسلم أن حرمة البيع أصل، **بل الأصل هو الحل، والحرمة إذا ثبتت إنما تثبت بالدليل الموجب لها** وهذا لأن الأموال خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحاً، فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه، بخلاف النكاح؛ لأن الملك فيه يرد على البضع وهو محترم فيناسب التضييق إعزازاً له؛ لشرف الآدمي»[(٢)].

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) تبيين الحقائق (٤/ ٨٧).

فهذا النص في غاية الوضوح من حيث الدلالة على **أن الأصل في العقود الواردة على الأموال الإباحة**، بخلاف العقود الواردة على الشخص كالنكاح ونحوه، بل إن الحنفية قد يستدلون على مشروعية عقد بأنه لم يرد فيه نص بتحريمه وأنه قد جرى الناس على العمل به من غير نكير، يقول الكاساني في الاستدلال لمشروعية المضاربة: «يدل على الجواز أيضاً... أن الناس يحتاجون إلى عقد المضاربة؛ لأن الإنسان قد يكون له مال، لكنه لا يهتدي إلى التجارة، وقد يهتدي إلى التجارة لكنه لا مال له، فكان في شرع هذا العقد دفعُ الحاجتين، **والله تعالى ما شرع العقود إلّا لمصالح العباد ودفع حوائجهم**»[1].

وكذلك الأمر في مشروعية شركة المضاربة، حيث قالوا فيها: «وكذا الناس يعاملونها من غير نكير»[2].

بل ادعى عبد العزيز البخاري إجماع العلماء على أن «الأصل في الأموال بعد ورود الشرع الإباحة ما لم يظهر دليل الحرمة»[3].

وهكذا بين الإمام الشاطبي أن الأصل في الأمور العادية ـ أي: غير العبادات ـ الإباحة حيث يقول: «الأصل في العبادات بالنسبة للمكلف التعبد دون الإلتفات إلى المعاني، وأصل العادات الالتفات إلى المعاني...». ثم علل ذلك بأمور «أولها: الاستقراء؛ فإنا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيث دار... والثاني: أن الشارع توسع في بيان العلل والحكم في تشريع باب العادات... ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد بها اتباع المعاني، لا الوقوف مع النصوص... وأما العاديات، وكثير من العادات أيضاً فلها معنى مفهوم، وهو ضبط وجوه المصالح...»[4].

---

(١) بدائع الصنائع (٨/ ٣٥٨٨).
(٢) الهداية مع فتح القدير (٥/ ٧).
(٣) كشف الأسرار (٣/ ٨١٦).
(٤) الموافقات (٢/ ٣٠٠ ـ ٣٢٢).

بل قد صرح القرافي بأوضح عبارة بأن **الأصل في السلع الإباحة وأن الأصل في البضع الحرمة**، فقد ذكر أن الفرق بين النكاح الذي لا ينعقد إلَّا باللفظ، وبين البيع الذي ينعقد بغير اللفظ كالتعاطي: يكمن في أن الشرع يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة؛ لأن التحريم يعتمد المفاسد فيتعين الاحتياط له، فلا يقدم على محل فيه المفسدة إلَّا بسبب قوي يدل على زوال تلك المفسدة، أو يعارضها، ويمنع الإباحة لما فيه مفسدة بأيسر الأسباب وفقاً للمفسدة بحسب الإمكان. يقول القرافي بعد سرد هذه القاعدة: «فلهذه القاعدة أوقعنا الطلاق بالكنايات وإن بعدت، حتى أوقعه مالك بالتسبيح والتهليل وجميع الألفاظ إذا قصد بها الطلاق؛ لأنه خروج من الحل فيكفي فيه أدنى سبب، ولم يجز النكاح بكل لفظ، بل بما فيه قرب من مقصود النكاح؛ لأنه خروج من الحرمة إلى الحل، وجوزنا البيع بجميع الصيغ والأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك في العرضين؛ **لأن الأصل في السلع الإباحة حتى تملك، بخلاف النساء الأصل فيهن التحريم حتى يعقد عليهن**...»[(١)].

والذي يظهر لنا رجحانه هو قول الجمهور؛ لأن الأدلة الشرعية الآمرة بالوفاء بالعقود والعهود لم تفرق بين عقد قديم، وعقد جديد، وبالتالي تشمل الجميع إضافة إلى رعاية المصالح المعتبرة في هذه المسألة.

المسألة الثانية: الشروط المقترنة بالعقد ومدى الحرية فيها:

المراد بالشروط في عرف الفقهاء معنيان:

المعنى الأول: ما اشترطه الشرع لصحة العقد، أو لزومه، أو نفاذه،

---

(١) الفروق (٣/ ١٤٥).

مثل كون محل العقد مباحاً ليس فيه غرر، وقد تحدثنا عنها فيما سبق.

المعنى الثاني: الشروط المقترنة بالعقد، أي: الشروط التي يشترطها العاقدان أو أحدهما.

ونحن هنا نتحدث عن الشروط بالمعنى الثاني.

ونقصد بالشرط هنا: إحداث التزام في العقد لم يكن يدل عليه لولاه. فعلى هذا يتميز عن الوعد؛ لأنه لا يترتب عليه الالتزام عند الجمهور[١].

---

(١) كثيراً ما يرى الإنسان في الكتب الفقهية عند تناولها مسألة الشروط أنها تنص على أن محل هذا الحكم في الشرط إذا لم يخرج المذكور فيها مخرج الوعد، حيث إن الوعد لا يؤثر في العقد بالفساد أو البطلان، فمثلاً، يقول ابن نجيم في البحر الرائق (٦/ ٩٤): «وقيد بإخراج ما ذكر مخرج الشرط؛ لأنه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد، كما إذا باع بستاناً على أن يعمر حوائطه، وأخرجه مخرج الوعد، ولكن لو لم يبن البائع لم يجبر، ويخير المشتري في الرد، كذا في الذخيرة».
وقد بين ابن نجيم أيضاً كيفية الوصول إلى معرفة الشرط وتميزه عن العقد، وأرجعها إلى صياغة العقد نفسها والظروف والقرائن التي لا تلابسه، فمثلاً تكون صياغة الشرط بأن يذكر في العقد لفظ الشرط، أو على أو نحو ذلك في حين أن زيادة الواو على «على» تدل على الوعد، يقول ابن نجيم في المصدر السابق نفسه: «وقيد بعلى دون الواو؛ لأنه لو زاد الواو بأن قال: بعتك هذا بكذا وعلى أن تقرضني كذا فالبيع جائز، ولا يكون شرطاً. وهو نظير ما لو دفع الرجل أرضاً بيضاء فيها نخيل فقال: دفعت إليك النخيل معاملة على أن تزرع. . .، كان شرطاً للمزارعة في المعاملة ـ أي: تفسد ـ . ولو قال: وعلى أن تزرع؛ لم تفسد المزارعة. ويعرف من هاتين المسألتين كثير من المسائل، كذا في الذخيرة، وتبعه في البزازية».
ونقل عن الولوالجي صورة أخرى خرجت مخرج الوعد وهي أن يقول: «اشتر حتى أبني الحوائط».
فالمعيار المنضبط هو الاعتماد على القرائن سواء كانت لفظية أو حالية أم عرضية.
وكذلك الأمر عند المالكية حيث إن المعيار في التمييز بينهما هو القرائن سواء كانت الصياغة بلفظ الماضي أو المضارع، كما ذكر في فتح العلي المالك (١/ ٣٣).
ويرى الشافعية أن الشرط هو ما كان بصريح لفظ الشرط أو ما يؤدي معناه =

يقول العلامة الحموي: «الشرط هو: التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة»[1].

ويقول الزركشي: «الشرط إنما يتعلق بالأمور المستقبلة، أما الماضية فلا مدخل له فيها، ولهذا لا يصح تعليق الإقرار بالشرط؛ لأنه خبر عن ماض»[2].

فالمراد بالشروط هنا الشروط المقارنة للعقد، لا المتقدمة عليه، أو المتأخرة عنه[3]. كما أنه لا يدخل فيها الشرط الذي في حقيقته صفة

= ك: على أن أفعل أو تفعل كذا، وكذلك فعل الأمر والمضارع والجملة الإخبارية.
والمعيار في ذلك أن يفهم مما ذكره أنه صفة وقيد في التصرف، فإذا لم تكن قرينة تدل على الالتزام كان وعداً، مثل إيراده بصيغة الأمر والمضارع دون قرينة، كما ذكره ابن حجر في الفتاوي الكبرى (٢/ ٢٧٣).
وقد أرجع ابن تيمية في القواعد النوارنية (ص١٩٨) المعيار في ذلك إلى العرف والعادة.
ومن هذا العرض يمكن القول بأن المعيار في التفرقة يعود إلى القرائن من حيث المبدأ. ويراجع: د. العدوي، المصدر السابق (١٣٦).

(١) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (٢/ ٢٢٥).

(٢) المنثور في القواعد (٢/ ٢٣٢).

(٣) وأما الشروط المتقدمة على العقد بأن يذكر المتعاقدان أثناء المساومة وقبل التعاقد بعض الشروط، فهي إن صرحا بنفيها أثناء التعاقد فقد انتهت وتلاشت، وإن سكتا عنها فهي مثار جدل ونقاش؛ حيث ذهب الشافعية والظاهرية وأحمد في رواية، إلى أن الشرط المتقدم ليس له أثر في العقد، بل هو التزام مستقل يأخذ حكم الوعد، فلا يجب الالتزام به قضاء. يقول النووي في المجموع (٩/ ٢٧٤): «وأما الشرط السابق فلا يلحق العقد، ولا يؤثر فيه، فلا يلزم الوفاء به، ولا يفسد العقد به إن كان شرطاً فاسداً؛ لأن ما قبل العقد لغو».
وذهب المالكية، وأحمد في رواية إلى تأثر العقد به وأنه يأخذ حكم الشرط المقارن.
وذكر الحنفية تفصيلاً في هذه المسألة، وهو أن العاقدين إذا اتفقا على الإعراض =

للمعقود عليه ككونه كاتباً، أو كذا وكذا[1].

ونعني بحرية الرضا في اشتراط الشروط: أنه هل يستطيع أن يفرض الشروط في العقود حسبما يحلو له، أم أنه مقيد؟ وإذا كان مقيداً فما هو مداه؟

= عن الشرط السابق فيكون ملغى، أو اتفقا على البناء عليه فيكون حكمه حكم الشرط المقارن صحة وفساداً وبطلاناً، وإن اختلفا، أو لم يحضرهما شيء فحينئذ إما أن يكون الشرط صحيحاً أو فاسداً، فإن كان صحيحاً التحق بالعقد قولاً واحداً، وإن كان فاسداً لم يلتحق به عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه.

وأما الشرط المتأخر عن العقد فهو غير معتبر عند المالكية، والظاهرية، وأنه لا يلحق بالعقد أصلاً، وذهب الحنفية إلى اعتباره إن كان صحيحاً، وإما إن كان فاسداً فله تأثيره أيضاً عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه.

وأما الشافعية فقالوا: إن كان بعد لزوم العقد بانقضاء الخيار فهو لغو قطعاً وإن كان قبله في مدة خيار المجلس، أو الشرط فثلاثة أوجه، أحدها: لا يلحق، وصححه المتولي. والثاني: يلحق في خيار المجلس دون خيار الشرط، قال الشيخ أبو زيد والقفال. والثالث، وهو الصحيح عند الجمهور وبه قطع أكثر العراقيين: يلحق في مدة الخيارين جميعاً. قال النووي في المجموع (٩/ ٣٧٤): «وهو ظاهر نص الشافعي». وفرق الحنابلة أيضاً بين شرط قبل لزوم العقد حيث يلتحق به، وشرط بعد لزومه حيث لا يلتحق به.

يراجع في تفصيل ذلك: البحر الرائق (٦/ ٩٤)، وجامع الفصولين (١/ ١٧١)، والتيسير على التحرير (٢/ ٢٩٠)، ومواهب الجليل (٣/ ٤٤٦)، وفتاوي الشيخ عليش (٢/ ١٢٤)، والمجموع (٩/ ٢٧٤)، وكشاف القناع (٣/ ٥٢)، والقواعد النورانية لابن تيمية (ص١٩٨، ٢٠٠)، ومجموع فتاوي ابن تيمية (٢٩/ ١٥٠)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٤٠٣)، وأستاذنا العدوي، المصدر السابق (ص١٢٧، ١٢٨).

(١) يقول الكاساني في البدائع (٧/ ٣٠٧٩): «ولو اشترى على أنها بكر أو طباخة أو خبازة، أو غلاماً على أنه كاتب أو خياط، أو اشترى على أنها مؤجلة فالبيع جائز؛ لأن المشروط صفة للمبيع، أو الثمن صفة محضة لا يتصور انقلابها أصلاً، ولا يكون لها حصة من الثمن بحال». فهذا الشرط جائز عند الجميع ويتأثر به العقد على ضوء التفصيل الذي ذكرناه في مبحث الغلط.

للجواب عن ذلك نقول: لا خلاف بين الفقهاء في أن العاقد ليس له مطلق الحرية في هذا الباب، فلا يسمح له الشرع أن يشترط شرطاً يصطدم مع نص شرعي صريح، أو مع مقتضى العقد، حيث إن كل شرط أحل حراماً، أو حرم حلالاً فهو باطل بالإجماع ـ وإن كان الخلاف يثور داخل دائرة الحلال والحرام، والشرط الصحيح والباطل حسب مفهوم كل مذهب بعينه[1] ـ .

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في جواز اشتراط الشروط التي ورد بها الشرع من الكتاب والسنَّة، فالشرط الذي ورد به دليل شرعي كاشتراط الخيار، أو التوثيق ـ كرهن وكفالة ـ أو كتابة، أو إشهاد جائز ونافذ بالاتفاق[2].

---

(١) يراجع في تفصيل ذلك: المبسوط (١٣/ ١٤...)، وفتح القدير (٥/ ٢١٤)، والبحر الرائق (٦/ ٩٢)، ومجمع الأنهر (٢/ ٦٦)، ورمز الحقائق شرح كنز الدقائق (٣/ ٩٢)، والفتاوي الهندية (٣/ ١٣٣)، وشرح الخرشي على مختصر خليل (٥/ ٨٠)، وبلغة السالك (٢/ ٤٣٨)، ومواهب الجليل (٤/ ٣٧٦)، وشرح تحفة الحكام (١/ ٢٨٢)، وفتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك (١/ ٣٢٢ ـ ٣٧٥)، والأم (٣/ ١٢٩، ١٣٦، ١٣٧، ١٥٥، ٢٣٥)، وفتح العزيز (٨/ ١٦٩)، والمجموع (٩/ ٣٦٤)، والروضة (٣/ ٣٩٩)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٤٤٩)، والإنصاف (٤/ ٣٤٨)، والقواعد النورانية لابن تيمية (ص١٨٤)، ومجموع الفتاوي لابن تيمية (٢٩/ ١٢٦)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٤٠٣)، والبحر الزخار (٤/ ٣٤١)، والروض النضير (٣/ ٤٨٤)، والروضة البهية (١/ ٣٣١)، وتذكرة الفقهاء (٧/ ق ٢/ ١٨١)، والمختصر النافع (ص١٤٨).
ويراجع: الشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ص(٢٧٢ ـ ٢٨٣)، والأستاذ السنهوري، مصادر الحق (٣/ ١٠١...)، وأستاذنا الشيخ العدوي، نظرية العقد (ص١٣٤ ـ ١٦١)، والأستاذ محمد سلام مدكور، المدخل (ص٦٣٩)، وأستاذنا الدكتور حسن الشاذلي، رسالته الدكتوراه في كلية الشريعة والقانون بعنوان: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي (ص١٥٧) وما بعدها، ود. عبد المحسن سعد رويشد، رسالته السابقة الإشارة إليها (ص٥٩٨).

(٢) المصادر السابقة.

كما أنه لا خلاف في بطلان الشروط التي تخالف مقتضى العقد وما رتبه الشارع عليه كأن يشترط عدم نقل ملكية المبيع إلى المشتري بالبيع، أو عدم انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة في الإجارة، فمثل هذه الشروط باطلة بالاتفاق؛ لأن الآثار شرعية لا يجوز لأحد أن يخالف مقتضاها ـ كما سبق ـ[1].

غير أن الذي يثور حوله الجدل والنقاش هو المراد بالشروط الصحيحة، والشروط الباطلة؛ حيث اختلف في معيارهما الفقهاء:

فالحنفية مثلاً أدخلوا في الشروط الصحيحة أربعة أنواع[2] وهي:

١ ـ **الشروط التي يقتضيها العقد**، بأن يكون موجبها أثراً من آثار العقد، كاشتراط المشتري تسليم المبيع، أو أن يرده إن وجد به عيباً، ومثل أن تشترط المرأة تسليم مهرها، أو نحو ذلك من آثار العقد، فهذه الشروط في الواقع لا تضيف شيئاً جديداً إلى العقد، ولهذا فوجودها وعدمها سواء.

٢ ـ **الشروط الملائمة للعقد، والمناسبة لطبيعته**، وهي التي ليس مقتضاها أثراً من آثار العقد، بل تأكيد لما يجب به، مثل أن يشترط البائع مثلاً على المشتري إعطاء رهن معين بالثمن أو كفيل، فالرهن والكفالة ليسا من مقتضيات العقد لكنهما توثيقان لما يجب به وهو الثمن

٣ ـ **الشروط التي ورد الدليل الشرعي بجوازها**، وإن لم تكن من مقتضى العقد، ولا من ملائماته، مثل اشتراط تأجيل الثمن إلى أجل معين، وكاشتراط الخيار لمدة معينة، ونحو ذلك مما دل النص على جوازه.

---

(١) (ص١١٠٣) من هذه الرسالة.

(٢) فتح القدير (٥/ ٢٢١).

٤ ـ **الشروط التي جرى بها العرف**، وإن لم يتوفر فيها أحد هذه الأمور السابقة[١].

وأما الشروط الفاسدة: فالمعيار العام فيها هو ما ذكره فقهاء الأحناف. يقول المرغيناني: «وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده، كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع؛ لأن فيه زيادة عارية فيؤدي إلى الربا، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده إلَّا أن يكون متعارفاً؛ لأن العرف قاض على القياس...»[٢].

وأما المالكية: فيتلخص مذهبهم في تقسيم الشروط إلى شروط صحيحة وشروط فاسدة، وأن الشرط الصحيح هو ما لا ينافي مقتضى العقد سواء كان يقتضيه أم لا، وأن الشرط الفاسد هو ما يؤدي إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة العقد كاشتراط ما يؤدي إلى غرر، أو يؤدي إلى الإخلال بالعقد نفسه.

وأما الشروط عند الشافعية، فقد قسموها باعتبار وصفها مع العقد إلى أربعة أقسام، وقسموها باعتبار ذاتها من حيث كونها ملائمة للعقد أم لا إلى خمسة أقسام.

فالتقسيم الأول ـ باعتبار وضعها ـ هو ما ذكره الزركشي بقوله: «الشروط في البيع أربعة أقسام: قسم يبطل البيع والشرط، وقسم يصح البيع ويبطل الشرط، وقسم يصح البيع والشرط، والرابع شرط ذِكْرُهُ شرطٌ».

---

(١) فتح القدير (٥/ ٢١٥)، ويراجع في تفصيل هذا النوع: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف لابن عابدين، المطبوعة ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين (٢/ ١٤١) وما بعدها.

(٢) الهداية مع فتح القدير (٥/ ٢١٥).

والتقسيم الثاني ـ باعتبار ذاتها ـ وهو ما اختاره النووي حيث يقول: «قال أصحابنا: الشروط خمسة أضرب. . .».

وأما **الحنابلة** فهم أيضاً قسموا الشروط باعتبارين، **باعتبار الصحة والبطلان، وباعتبار كونها ملائمة للعقد أم لا.**

فباعتبار الأول قسموها إلى شروط صحيحة، وشروط باطلة.

جاء في الإنصاف:

«وهي **ضربان**: صحيح وهو ثلاثة أنواع:

أحدها: شَرْطُ مقتضى البيع كالتقابض، وحلول الثمن ونحوه. . .

الثاني: شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله، أو الرهن أو الضمين به، أو في صفة في المبيع نحو كون العبد كاتباً، أو خصياً، أو صانعاً، أو مسلماً، أو الأمة بكراً أو الدابة هملاجة ـ أي: سريعة في السير وحسنة فيه ـ والفهد صيوداً؛ فيصح الشرط بلا نزاع، فإن وفى به هو في جميع ما تقدم، وإلَّا فلصاحبه الفسخ يعني إذا لم يتعذر الرد. فأما إذا تعذر الرد تعين له الأرش. . . وإن شرطها ثيباً كافرة فبانت بكراً مسلمة فلا فسخ. . . وإن شرط الطائر مصوتاً، أو أنه يجيء من مسافة معلومة صح على المذهب. . . وقال القاضي: لا يصح.

الثالث: أنْ يشترط البائع نفعاً معلوماً في البيع كسكنى الدار شهراً، أو حملان البعير إلى موضع معلوم على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وهو المعمول به في المذهب. . . وعنه: لا يصح. . . ويجوز للبائع إجارة ما استثناه وإعارته مدة استثنائه كالعين المؤجرة إذا بيعت. . . وإن جمع بين شرطين لم يصح: هذا المذهب، وعليه الأصحاب. وعنه يصح، اختاره الشيخ تقي الدين»[1].

---

(١) الإنصاف (٤/ ٣٤٠).

وأما الشرط الفاسد عندهم فثلاثة أنواع[1]:

تلك هي آراء جماهير الفقهاء في موضوع الشروط، ذكرناها للاستدلال على مدى عنايتهم البالغة بها حيث أولوها رعاية قصوى شملت كل جوانبها، كما أنها تظهر لنا مدى خطورة مسألة الشروط، وتشعبها وقابليتها لاختلاف وجهات النظر بشكل كبير.

ويدل على ذلك ما رواه الطبراني في «معجمه الوسط» بسنده عن عبد الوارث بن سعيد قال: «قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعاً، وشرط شرطاً، فقال: البيع باطل، والشرط باطل. ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته، فقال: البيع جائز، والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة، فسألته، فقال: البيع جائز والشرط جائز. فقلت: سبحان الله! ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة! فأتيت أبا حنيفة، فأخبرته فقال: ما أدري ما قالا؛ حدثني عمرو بن شعيب عن جده عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط، البيع باطل، والشرط باطل. ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال: ما أدري ما قالا؛ حدثني هشام بن عروة عن أبيه، عن عائشة قالت: أمرني النبي ﷺ أن أشتري بريرة فأعتقها، البيع جائز، والشرط باطل. ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال: ما أدري ما قالا، حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر، قال: بعت النبي ﷺ ناقة، وشرط لي حملانها إلى المدينة، البيع جائز، والشرط جائز»[2].

وقد ظهر لنا من خلال العرض السابق أن نظرة الفقهاء إلى اشتراط الشروط ليست واحدة بل تختلف توسعاً وتضييقاً حسب مفهوم الشرط الصحيح أو الفاسد عندهم فالظاهرية قد ضيقوا الخناق على الشروط حيث

---

(١) الروضة البهية (١/ ٣٣١ ـ ٣٣٥).

(٢) نصب الراية للحافظ الزيلعي (٤/ ١٨)، والمبسوط للسرخسي (١٣/ ١٤).

لم يجيزوا منها إلَّا شرطاً ورد به دليل من الكتاب أو السنَّة أو الإجماع، وأما غيرهم حتى لو طلبوا الدليل لجواز شرط فإن مفهوم الدليل أوسع عندهم؛ حيث يشمل تلك الأدلة الثلاثة، والقياس، والاستحسان، والمصالح المرسلة، والعرف وغير ذلك عند بعضهم.

ونرى أن أوسع المذاهب تصحيحاً للشروط هم المالكية فالحنابلة، كما أن الحنفية قد فتحوا باباً واسعاً متطوراً لتصحيح الشروط من خلال إقرارهم للشروط التي جرى بها العرف، كما نرى الشافعية في القول الراجح لديهم أنهم لم يتجهوا إلى مثل هذا التوسع، لكن في قول مرجوح لديهم لم يجعلوا للشروط ـ مهما كانت باطلة ـ أي: تأثير في العقد؛ حيث يصح ويصبح الشرط باطلاً، ويمتاز المالكية عن غيرهم في أن الشرط الذي يفسد العقد إن لم يتمسك به مشترطه ينقلب العقد صحيحاً لزوال سبب الفساد.

كما يظهر من خلال هذا العرض أن للشروط طرفين، ووسطاً، اتفق الفقهاء على الطرفين، واختلفوا في الوسط.

فهم متفقون على جواز الشروط التي تكون مكملة لحكمة المشروط، وعاضداً لها بحيث لا يكون فيها منافاة لها على حال، كاشتراط الكفء، والإمساك بالمعروف، والتسريح بإحسان في النكاح، واشتراط الرهن، والحميل، والنقد، أو الأجل في الثمن في البيع، فهذا الطرف من الشروط جائز بالاتفاق.

وأما طرفها الأخير فهو أيضاً محل الإجماع حيث اتفقوا على عدم جواز الشرط الذي ينافي مقتضى العقد منافاة بينة مثل اشتراط عدم نقل الملكية في البيع، أو عدم الإنفاق عليها في النكاح مثلاً، غير أنه يثور الخلاف في أنه هل يؤثر في العقد نفسه بالإبطال أم لا؟

وأما الوسط فهو أن يكون الشرط مطلقاً؛ أي: لا مثل الطرف الأول، ولا الأخير؛ فلهذا محل نظر الفقهاء، وفيه جالت اجتهاداتهم[١].

وهناك تفاصيل كثيرة ومسائل وجزئيات تترتب على هذه الأقوال لا تسمح طبيعة البحث بالخوض فيها[٢].

غير أن الذي يأخذ أهمية قصوى هو الوصول إلى أن الأصل في الشروط هل هو الإباحة أم الحظر؟ لأنه إذا ثبت أحدهما يترتب عليه نتائج مهمة وخطيرة.

الواقع أنني لم أعثر على نص خاص داخل المذاهب السابقة يدل صراحة على أن الأصل في العقود الحظر، أو الإباحة، إلَّا الظاهرية الذين صححوا سبعة شروط، وحكموا على ما عداها بالبطلان، وإلَّا العلامة ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم اللذين صرحا بأن الأصل في الشروط الجواز والإباحة.

غير أن العلامة ابن تيمية قد أسند إلى كثير من أصول أبي حنيفة، والشافعي، وأصحاب مالك وأحمد القول بالحظر، حيث يقول: «والذي يمكن ضبطه فيها ـ أي: في العقود والشروط ـ قولان: أحدهما: أن يقال: الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك الحظر إلَّا ما ورد الشرع بإجازته. فهذا قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة تبتنى على هذا، وكثير من أصول الشافعي، وطائفة من أصول أصحاب مالك وأحمد، فإن أحمد قد يعلل أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد فيه أثر ولا قياس...»[٣].

---

(١) ويراجع: الموافقات (١/ ٢٨٣، ٢٨٤)، والمصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة، ويراجع: الشيخ أبو زهرة، المصدر السابق (ص٢٧٦)، والشيخ العدوي، المصدر السابق (ص١٣٤)، ود. حسن الشاذلي، المصدر السابق.

(٣) القواعد النورانية لابن تيمية (ص١٨٤)، ومجموع الفتاوي (٢٩/ ١٢٦).

هكذا أسند ابن تيمية القول بالحظر إلى هؤلاء بتحفظ حيث لم يقل: إنهم قالوا به، بل قال: «يؤخذ من كثير من أصولهم». بل إن العلامة ابن القيم بعد أن ذكر أن الأصل عند الظاهرية في العقود والشروط: البطلان قال: «وجمهور الفقهاء على خلافه، وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلَّا ما أبطله الشارع، أو نهى عنه»[1].

غير أن بعض الباحثين المحدثين[2] قد صرحوا بأن أصحاب المذاهب

---

(١) إعلام الموقعين (١/ ٣٤٤).

(٢) يقول أستاذنا الدكتور الشيخ العدوي، نظرية العقد (ص١٦٠): «نرى أن جمهور الفقهاء يتفقون مع أهل الظاهر في أنه لا بد لصحة الشرط من دليل معين، ولكنهم يختلفون معهم تمام الاختلاف في التطبيق، ويتوسعون في الشروط أكثر منهم...».
ويقول أستاذنا الدكتور الشاذلي، (نظرية الشرط ص٢٧٤): «يتفق المذهبان ـ أي: الحنفي والشافعي ـ في أن الأصل في الشروط الفساد». ويقول في (ص٢٧٥): «... رغم أن المذاهب الثلاثة ـ أي: الحنفي، والمالكي، والشافعي ـ تتفق على أن الأصل في الشروط هو الفساد». وقد استند في ذلك لا على صريح أقوالهم في بيان ما هو الأصل فيها. وإنما على أن هذه المذاهب قد استندت على حديث النهي عن بيع وشرط، وحديث بريرة ونحوهما، ولهذا يقول في (ص٢٩٩): «أما المذهب الحنبلي فلم يأخذ بحديث: «النهي عن بيع وشرط» لعدم ثبوت صحته عند الإمام أحمد حتى أنه ضرب عليه... ومن ثم لم يقف هذا الحديث حائلاً دون القول بأن الأصل في الشروط الصحة...».
وفي نظري أن وجود الاعتراف بصحة هذا الحديث لا يكون دليلاً على أن الأصل في المذهب الذي أخذ به هو الحظر في الشروط. بل ربما يكون الأصل فيها الإباحة فجاء الحديث فمنع هذا الأصل بقدره، ثم إن هذا الحديث لم يروه الإمام مالك، ولا الإمام الشافعي، وهو حديث ضعيف كما قاله ابن قطان. انظر: نصب الراية (٤/ ١٧، ١٨).
وذكر الأستاذ محمد سلام مدكور في المدخل (ص٦٤٧)، أن الأصل عند الأحناف والشافعية في الشروط هو الحظر، وكذلك فعل الأستاذ السنهوري في مصادر الحق (٣/ ١٧٤) حيث قال: «إن الأصل ـ أي: لدى المالكية والحنابلة ـ في الشروط =

الأربعة ـ كلهم أو جمهورهم عدا ابن تيمية ومن معه ـ يذهبون إلى القول بأن الأصل في الشروط الحظر، معتمدين على ما ذكره ابن تيمية لكن بتحفظ دقيق، وعلى بعض تعليلاتهم التي يشم فيها هذه الرائحة. لكنني لم أجد لديهم ما يقنعني بما ذهبوا إليه، فليس هناك نص صريح يحسم هذا الأمر، وإن لازم المذهب ليس بمذهب.

بل أجد في نفسي أن قواعد وأصول هذه المذاهب السابقة ـ أي: عدا الظاهرية ـ تقتضي القول بأن الأصل لديهم في الشروط هو الإباحة، ويدل على ذلك ما يأتي:

أثر الشروط غير الصحيحة في العقد

من خلال الغصن السابق تبين لنا أن أثر الشروط الفاسدة يختلف حسب المذاهب الفقهية.

والذي عليه الجمهور (الحنفية والمالكية والشافعية): هو التفرقة ـ من حيث المبدأ ـ بين عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة، حيث تفسد بها العقود، وأما عقود الأنكحة فإنها لا تؤثر فيها حيث يفسد الشرط ويبقى العقد صحيحاً، إلَّا إذا كان الشرط يحول العقد إلى عقد متعة أو مؤقت، أو معلق، فحينئذ يصبح العقد معه فاسداً، وأضاف الحنفية إليها عقود التبرعات حيث لا تفسد بالشروط الفاسدة.

وأما الحنابلة فقد قسموا الشروط غير الصحيحة إلى شروط مؤثرة في العقد بإفساده، مثل اشتراط بيع في سلف أو بالعكس على الصحيح في المذهب، وعنه رواية بعدم بطلان العقد، وشروط لا تؤثر فيه بحيث يبطل الشرط، ويبقى العقد صحيحاً، وذلك كاشتراط أن لا ضمان عليه بالنسبة

= الصحة، والفساد هو الاستثناء». وأشار إلى أن الأصل عند الحنفية والشافعية في الشروط هو الحظر.

للمبيع، أو أن لا يبيعه المشتري، أو لا يهبه، حيث يبطل الشرط ولا يبطل العقد على الصحيح في المذهب، والرواية الثانية أنه يبطل أيضاً[1].

وأما الظاهرية، فقد ذهبوا إلى أن العقود جميعها تبطل بالشروط الفاسدة[2].

وذهب **ابن تيمية** إلى أن الشروط المخالفة لنص شرعي إن علم بحرمتها العاقد فهي باطلة، ولكنها لا تؤثر في العقد نفسه كما هو الحال في قصة بريرة، أما إذا لم يعلم بحرمتها فيكون له الحق في الفسخ، حيث يقول: «إن كان المشترط يعلم أنه شرط محرم لا يحل له اشتراطه، فوجود اشتراطه كعدمه ـ مثل هؤلاء القوم الذين اشترطوا أن يكون ولاء بريرة لهم. . . ـ.

وأما إن كان جاهلاً بالتحريم ظاناً أنه شرط لازم، فهذا لا يكون البيع في حقه لازماً، ولا يكون أيضاً باطلاً، وهذا ظاهر مذهب أحمد، بل له الفسخ والإمضاء. . .»[3].

أما إذا كان الشرط مخالفاً لمقتضى العقد فإنه يطبق عليه ما ذكرناه لدى الحديث عن مذهب أحمد.



---

(١) فتح القدير (٥/ ٢١٥)، ونشر العرف ضمن رسائل ابن عابدين (٢/ ١٤١)، وفتح العلي المالك (١/ ٣٣٨، ٣٦٤، ٣٧٠)، والمنثور في القواعد (٢/ ٢٣٩، ٢٤٠)، والإنصاف (٤/ ٣٥٦، ٣٥٧)، والمغني (٦/ ٦٤٧)، وأعلام الموقعين (٢/ ٣٤٦)، ويراجع: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ١١٦٤ ـ ١١٦٩)، ود. محمد عثمان شبير: المدخل إلى فقه المعاملات (ص٢٦١ ـ ٢٦٦)، ود. حسن الشاذلي، نظرية الشروط (ص١٥٧).

(٢) المحلى لابن حزم (٩/ ٤٠٤).

(٣) مجموع الفتاوي (٢٩/ ٣٣٩، ٣٤٠).

الخيارات

المقصود بالخيارات في العقود هو أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إجازته، سواء ثبت هذا الحق بسبب إرادة أحد العاقدين أو كليهما، أو بسبب الشرع[١].

والخيارات في الفقه الإسلامي كثيرة[٢]، وهي تستهدف إعطاء مزيد من الرويَّة والتفكير حتى يتم العقد برضاً تام وإرادة سليمة حرَّة متنورة، إضافة إلى تحقيق العدالة وعدم الإضرار بالآخر.

ونحن هنا نكتفي بذكر بعض الخيارات لإعطاء صورة موجزة عنها:

١ ـ خيار المجلس:

وهو خيار يثبت بحكم الشرع ـ كما سبق ـ لكلا العاقدين ما دام مجلس العقد قائماً، حيث لهما الحق في فسخ العقد إلى أن يتفرقا بأبدانهما بأن يبتعد أحدهما عن المجلس، أو يتفقا على رفع الخيار، بأن ينصا في العقد بأن لا يكون لهم حق خيار المجلس، أو يتصرف أحدهما تصرفاً ناقلاً للملكية كالبيع والهبة[٣].

---

(١) يراجع للجانب اللغوي: القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط مادة (خار)، وللجانب الفقهي يراجع: مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد المادة (٢٠٨).

(٢) يراجع لمزيد من التفصيل: د. عبد الستار أبو غدة، حيث كانت رسالته الدكتوراه في الخيارات، وطبعت عدة مرات وكان آخرها طبعة دلة البركة.

(٣) يراجع لمزيد من التفصيل: مبدأ الرضا في العقود (١/ ١٠٧٩ ـ ١٠٩٤)، ود. أبو غدة، المرجع السابق.

٢ ـ خيار العيب:

وهو خيار ثبت أيضاً بحكم الشرع، ومحل اتفاق بين الفقهاء[١]، ويقصد به ثبوت حق الفسخ إذا وجد العاقد عيباً في المعقود عليه.

والمقصود بالعيب: هو ما ينقص القيمة عند أهل الخبرة في السوق.

ويدل على ثبوت الخيار بالعيب مجموعة من الأحاديث الثابتة منها:

(أ) حديث الشخص الذي اشترى عبداً واستغله، ثم وجد فيه عيباً فرده على المشتري الذي طالب بغلته، فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقضى بالخراج بالضمان، وفي رواية قال: «الخراج بالضمان»[٢].

(ب) حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا تصروا الإبل والغنم، من ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها: إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر»[٣].

وقد سبق عند حديثنا عن التدليس بالكتمان أننا تطرقنا إلى أحكام ذلك وأحكام البيع بشرط البراءة من العيب، **وهنا نتحدث عن شروط ثبوت خيار العيب وأثره:**

---

(١) يراجع: فتح القدير (٥/ ١٥١)، وبدائع الصنائع (٧/ ٣٣١٨)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٣)، وبداية المجتهد (٢/ ١٧٤)، والدسوقي (٣/ ١٠٨)، وشرح الخرشي (٥/ ١٣٥)، والأم (٣/ ٥٩)، والروضة (٣/ ٢٧٠)، والمغني لابن قدامة (٤/ ١٧٣)، والمحلى (٩/ ٥٧٥).

(٢) الحديث صحيح رواه أحمد في مسنده (٦/ ٤٩، ٢٠٨، ٢٣٧)، والترمذي ـ مع التحفة ـ (٤/ ٥٠٧)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤)، وأبو داود ـ مع العون ـ (٩/ ٤١٥، ٤١٧، ٤١٨).

(٣) رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ (٤/ ٣٦١)، ومسلم (٣/ ١١٥٥).

شروط خيار العيب:

(أ) أن يكون حدوث العيب قبل استلام المعقود عليه، أو العقار أو نحوهما.

(ب) أن يستمر العيب إلى المطالبة بالفسخ، أو لو زال قبلها فقد سقط حق المطالبة.

(ج) أن يبقى المعقود عليه (المعيب)، أما إذا هلك فقد سقط خيار العيب.

(د) أن لا تحدث زيادة في المعقود عليه على خلاف وتفصيل.

(هـ) أن يطالب من يدعي العيب بالفسخ فوراً (أي: في مجلس علمه بالعيب) عند جماعة من الفقهاء، أو في فترة زمنية اختلفوا في تحديدها[1].

(و) أن لا يكون من له الحق في الرد قد رضي بالعيب بعد الاطلاع عليه، فإذا رضي سقط حقه.

(ز) أن لا يكون صاحب البضاعة أو العقار قد اشترط البراءة من العيب على خلاف وتفصيل سابقين.

٣ ــ خيار الشرط:

وهو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما حق الخيار لهما أو للغير في الفسخ والإجازة لفترة زمنية اختلف فيها الفقهاء، حيث حددها أبو حنيفة، وزفر، والشافعي في المشهور عنه بما لا يزيد على ثلاثة أيام، في حين أجاز المالكية بأن تكون في حدود المعتاد الذي يتناسب مع كبيعة المبيع، وحاول بعض فقهاء المالكية تحديدها بشهر، وبعضهم بشهر وستة أيام.

---

(١) المصادر الفقهية السابقة، ود محمد عثمان شبير، المرجع السابق (ص٢٨٥).

وذهب أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة، وأحمد، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والثوري، وابن المنذر، وإسحاق بن راهويه، وأبو ثور، إلى جواز أن تطول المدة بموافقة الطرفين.

وبعبارة أخرى فهؤلاء الفقهاء أجازوا تفويض المدة إلى العاقدين دون تحديده بزمن محدد[1].

٤ ـ خيار التدليس:

وقد ذكرناه عند حديثنا عن التدليس والغش.

٥ ـ خيار الرؤية:

وهو ثابت في الحالات التي يتم فيها البيع ـ مثلاً ـ دون رؤية المبيع عند من أجاز ذلك وهم الحنفية، حيث حينما يرى المبيع الغائب يكون له الحق في فسخ العقد[2].

٦ ـ خيار التعيين:

وهو حق العاقد في تعيين أحد الأشياء التي وقع عليها العقد شائعاً خلال مدة محددة، وهو ثابت عند الحنفية عندما يتم شراء أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أيًّا شاء، وقالوا إن هذا جائز استحساناً قائماً على المصالح والحاجات[3].

---

(١) يراجع: الفتاوي الهندية (٣/ ٣٨)، وبدائع الصنائع (٥/ ٢١٣)، وبداية المجتهد (٢/ ٢١٠)، والمجموع للنووي (٩/ ١٩٠)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٩٣)، والخرشي (٤/ ٢١)، والفروع (٤/ ٨٣)، ومنتهى الإرادات (١/ ٣٥٧).

(٢) هناك تفصيل يراجع له: فتح القدير (٥/ ١٣٧)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٢٢)، والشرح الكبير (٣/ ٢٧)، ونهاية المحتاج (٤/ ٤١٦).

(٣) يراجع لمزيد من التفصيل: فتح القدير (٥/ ١٣٢)، وشرح المجلة للأتاسي (٢/ ٢٦٠).

٧ ـ خيار النقد:

وهو حق يشترطه العاقد للتمكن من الفسخ، إذا لم ينقد له المشتري؛ أي: لم يعطه ثمن المبيع. وهو خيار أثبته الحنفية ـ ما عدا زفر ـ والمالكية، والحنابلة، وبعض الشافعية[١].

❑❑❑

---

(١) يراجع: البدائع (٥/ ١٧٥)، والفتاوي الهندية (٣/ ٣٩)، والمجموع (٩/ ١٩٣)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٥٠٤)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٢٠/ ١٨٢)، ود. أبو غدة المرجع السابق.

آثار العقد وأحكامه[1]

الآثار جمع الأثر، وهو لغة له عدة معان، منها: بقية الشيء، والتبعية، والخبر، والنتيجة، والعلامة، والأثر[2].

فآثار العقود هي ما يترتب عليها ويحصل منها من حقوق وواجبات للمتعاقد.

فكل عقد من العقود له أثره الخاص، فإنشاء البيع يترتب عليه نقل ملكية المبيع إلى المشتري، والثمن إلى البائع، كما يترتب عليه إلزام البائع والمشتري بتنفيذ العقد، ومسؤوليتهما نحو هذا التنفيذ. وكذلك الأمر في عقد الإيجار، حيث يترتب عليه حق انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، وحق المؤجر في تملك ثمن الإجارة، كما يترتب عليه إلزام كل منهما بتنفيذ هذا التعهد بكل الوسائل المتاحة.

وهكذا الأمر في النكاح، حيث يترتب عليه حقوق وواجبات للطرفين، وقد يكون المستفيد أحد العاقدين، كما في الهبة حيث يترتب عليها انتقال ملكية الموهوب إلى الموهوب له دون مقابل.

وهكذا فكل عقد تترتب عليه آثاره الخاصة حسب طبيعته والغرض الذي

---

(١) يطلق لفظ الأحكام في الفقه بمعنيين، أحدهما: الحكم الأصولي الشامل للإيجاب والفرض والندب والتحريم والكراهة، والإباحة، والسبب، والمانع، والشرط، والصحة، والبطلان، والفساد. والمعنى الثاني: الآثار المترتبة على العقد مثل نقل الملكية في عقد البيع، وهكذا.

(٢) لسان العرب، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط مادة (أثر).

أنشىء من أجله، والفقهاء المسلمون ذكروا لكل عقد آثاره، وفي الغالب يسمونها بأحكام العقد، **وهي على قسمين**:

آثار، أو (أحكام أصلية)، مثل ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبائع، في الثمن بالنسبة للبيع، وحق انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة وانتقال ملكية البدل إلى المؤجر بالنسبة للإجارة وهكذا.

وآثار تبعية (أو أحكام تبعية)، وهي وجوب تسليم المبيع والثمن بالنسبة للبيع، ووجوب تسليم العين المؤجرة والبدل وهكذا.

وكذلك ذكر الفقهاء أحكام وآثار العقد الصحيح، أو الباطل أو الفاسد، أو الموقوف، أو اللازم ـ عند من يقول بهذه التقسيمات كما سبق[1] ـ.

والعقود بالنسبة للآثار تختلف من كونها عقداً نافذاً لازماً، أو غير لازم، أو كونها عقداً موقوفاً، أو كونها عقداً غير صحيح: باطلاً أو فاسداً.

فالعقد النافذ هو العقد الصحيح الذي تتوافر فيه أركانه وشروطه، ولم يوجد فيه مانع شرعي، حيث يجب الوفاء به إن كان من العقود اللازمة للطرفين، ولا يجوز نقضه إلَّا بموافقة الطرفين، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[2] وغيره من الآيات والأحاديث الكثيرة الدالة على ذلك.

أما إذا كان من العقود غير اللازمة مثل عقد الوكالة قبل تعلق حق الغير به، وعقود المشاركات بجميع أنواعها عند جمهور الفقهاء ـ ما عدا المالكية ـ[3] فهذه العقود يجوز لكل واحد من الطرفين فسخها إذا لم يترتب عليه إضرار، ولكن إذا لم يفسخها فيجب عليه الالتزام بما التزم به، وقد

---

(١) يراجع فيما يتعلق بهذه التقسيمات مبدأ الرضا في العقود (ص١٥١).
(٢) سورة المائدة: الآية ١.
(٣) بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٧٩)، وروضة الطالبين (٤/ ٢٨٣)، والمغني (٥/ ٢٤)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٣٤٨)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٥٥).

يكون العقد لازماً لطرف واحد كما هو الحال بالنسبة للراهن في عقد الرهن، والكفيل في عقد الكفالة، وحينئذٍ يكون هذا الطرف ملزماً بما التزم به ولا يجوز النكوث عنه إلَّا بموافقة الطرف الآخر ـ كما سبق ـ.

وأما العقد الموقوف (الذي سبق التعريف به) فلا يجب الالتزام به إلَّا بعد إجازة من بيده الإجازة، ولكن إذا أجيز فيأخذ الأحكام الخاصة بالعقد النافذ.

وأما العقد غير الصحيح فهو يشمل عند الحنفية نوعين: هما الباطل، والفاسد، وعند الجمهور: كلاهما بمعنى واحد ـ كما سبق ـ ، فالحكم الشرعي المتفق عليه بين الطرفين هو أن كليهما محرم أو مكروه كراهة تحريم لا يجوز إنشاؤه ولا إبقاؤه والاستمرار فيه، بل يجب إلغاؤه، ولكن الحنفية قالوا: إن العقد الفاسد مع كونه غير مشروع لكنه منعقد يترتب عليه الملك للمشتري إذا قبضه بموافقة البائع[١].

آثار العقد شرعية ورضائية:

لا شك أن الآثار الناتجة عن العقود هي بترتيب الشرع، حيث لم يتركها للأهواء، بل نظمها ولم يسمح بتجاوزها، ولذلك أبطل الشروط التي تخالف مقتضى العقد أو نصاً صريحاً من الكتاب والسنَّة.

وهذا لا يتعارض مع كون العقود رضائية، إذ أن دور الرضا يكمن في كونه حراً متنوراً لم يقع تحت أي ضغط يؤثر فيه ويعيبه، فالعاقد مختار في الأخذ بالسبب، وهو العقد، أما آثاره فقد نظمها الشرع[٢].

إذن فآثار العقد شرعية من حيث هي، ورضائية من حيث الأخذ بالسبب.

---

(١) بدائع الصنائع (٣/ ٥٤٤، ١٥٥٣)، وفتح القدير (٥/ ١٨٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٣٣٦).

(٢) يراجع: كشف الأسرار (٤/ ١٢٩١، ١٢٩٢)، والفروق (١/ ١٩٥)، والموافقات (١/ ١٩٦)، والمستصفى (١/ ٩٣، ٩٤).

انتهاء العقد وفسخه وإقالته

نقصد بانتهاء العقد: أن ينتهي أثره دون الحاجة إلى تدخل من العاقدين. **وبفسخ العقد**: أن ينتهي بإرادة أحدهما. **وبالإقالة**: أن يتم ذلك بإرادة العاقدين[(١)].

وينتهي العقد بما يأتي:

١ ـ إذا كان العقد مرتبطاً بزمن محدد، أو بتنفيذ عمل معين، وانتهى المطلوب وسلِّم إلى صاحب المشروع، فقد انتهى العقد، وهذا يحدث في عقود الإجارة، والاستصناع، أو المضاربة المقيدة بالزمن، وكذلك المشاركة...

٢ ـ موت أحد العاقدين، أو كليهما، في العقود التي تنفسخ بالموت، مثل عقد الوكالة، أو الإعارة والوديعة، ونحوها، وكذلك موت أحد العاقدين في عقد الإجارة عند الحنفية خلافاً للجمهور[(٢)]، ومثل موت المشتري قبل قبض الثمن عند الشافعية[(٣)].

٣ ـ هلاك المعقود عليه المعين، في عقود الإجارة، والإعارة، والشركة، وفي البيع قبل القبض عند الحنفية والشافعية[(٤)].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٨)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣/ ٢٣٩).
(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٢٢٢)، والاختيار (٢/ ٦١).
(٣) نهاية المحتاج (٥/ ١٣٠)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٢٢٥).
(٤) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٨)، وحاشية القليوبي (٢/ ١٩٥).

٤ ـ فسخ العقد: وهو حل ارتباط العقد ورفع حكمه بالإرادة، وهذا يكون في الغالب في العقود غير اللازمة، كالوكالة، ونحوها.

وقد يطلق الفسخ في عرف الفقهاء على ما يتم بإرادة العاقدين أيضاً.

٥ ـ الإقالة: وهي الاتفاق على رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين، ومحلها في العقود اللازمة للطرفين مثل البيع والإجارة[١].

❑ ❑ ❑

(١) البحر الرائق (٦/ ١١٠)، والخرشي (٥/ ١٦٩)، والأم للشافعي (٣/ ٦٧)، والمغني لابن قدامة (٤/ ١٤٥)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣٠/ ٢٤٠).

الإرادة المنفردة

المراد بالإرادة المنفردة هي قدرة الرضا المنفرد على إنشاء الأثر والالتزام، وقد سبق أن بعض أهل الفقه الإسلامي يدخلها في العقد بمعناه العام.

وقد ثار خلاف بين الفقهاء، والخلاصة أن جمهور الفقه الإسلامي يعتد بالإرادة المنفردة في العقود والتصرفات التي لا تحتاج إلى رضا شخص آخر، وأمَّا العقود التي تحتاج إلى رضاءين فإن الإرادة المنفردة لا تستطيع أن تنشىء آثاراً مستقلة، وإنما تنشىء آثاراً معلقة على رضا الآخر، إلَّا أنه يمكن القول بأنَّ المالكية قد أعطوا سلطاناً واسعاً للإرادة المنفردة نستطيع أن نصفهم بأنهم جعلوه مصدراً عاماً للالتزامات، فقد أعطوا الإلزامية للوعد، وللإيجاب بوحده دون أن يرتبط به القبول ما دام في المجلس حيث ليس لصاحبه الحق في الرجوع عمَّا أوجبه ـ كما سبق ـ، وهناك تصرفات أخرى غير الإبراء.

والإسقاطات التي ذكرنا أنها تتم برضا واحد عند جميع الفقهاء، أو جمهورهم، نذكرها بإيجاز وبالقدر الذي يحقق غرضنا، وهي:

١ ـ الوقف:

هو حبس الأصل وتسبيل المنافع[١]:

ولا خلاف بين الفقهاء في أنَّ الوقف على غير معين بأن كان على جهة

---

(١) وقد ورد في مشروعيته حديث صحيح رواه البخاري، ومسلم، وأصحاب السنن بسندهم أنَّ عمر رضي الله عنه قال: يا رسول الله: أصبت مالاً، لم أصب مثله قط، وأردت أن أتقرب به إلى الله فقال ﷺ: «حبس الأصل، وسبل الثمرة»، فجعله عمر رضي الله عنه صدقة لا تباع، ولا توهب ولا تورث. =

لا ينحصر آحادها، كقبيلة تميم مثلاً، أو على شيء غير عاقل كالمسجد والمدرسة لا يحتاج إلى قبول، وإنما ينعقد برضا الواقف وحده، بل يلزم بمجرد الصيغة الدالة على إنشائه على رأي جمهور الفقهاء[1] ما عدا أبا حنيفة الذي قال: إنَّه لا يلزم إلَّا إذا قضى به حاكم، أو أضافه إلى ما بعد الموت، وما عدا محمداً الذي قال بأنَّ ملك الواقف لا يزول حتى يجعل للوقف وليًّا ويسلمه إليه[2].

بل ذهب بعض الفقهاء ـ كالحنابلة في رواية راجحة[3]، ووجه للشافعية[4]، وقول داخل المذهب المالكي ـ إلى عدم اشتراط القبول حتى ولو كان الموقوف عليه شخصاً معيناً، بل قالوا: إنَّ الموقوف عليه لا يملك الرد، قال ابن قدامة: «والوجه الثاني: لا يشترط القبول؛ لأنه أحد نوعي الوقف، فلم يشترط له القبول كالنوع الآخر؛ ولأنه إزالة ملك يمنع البيع، والهبة، والميراث؛ فلم يعتبر فيه القبول كالعتق»[5].

= انظر: صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٥/ ٣٩٩ ـ ٤٠٤)، ومسلم (٣/ ١٢٥٥)، والأم (٣/ ٢٨)، ومسند أحمد (٢/ ١٢٥)، وسنن أبي داود ـ مع العون ـ (٨/ ٨١ ـ ٨٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٠١)، والترمذي ـ مع التحفة ـ (٤/ ٦٢٥)، والنسائي (٦/ ١٩١)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/ ١٥٨)، والتلخيص الحبير (٣/ ٦٧).

(١) فتح القدير (٥/ ٤٠)، والبحر الرائق (٥/ ٢٠٦)، والدر المختار (٤/ ٣٣٨)، وبدائع الصنائع (٨/ ٨ ـ ٣٩)، وشرح الخرشي (٧/ ٨٨...)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٤/ ٧٧، ٨٤٠)، وبلغة السالك (٣/ ١٩٤)، والقوانين الفقهية (ص٣١٨)، والروضة للنووي (٥/ ٣١٩)، والغاية القصوى (٢/ ٦٣)، وتحفة المحتاج (٢٨٩٦)، ونهاية المحتاج (٥/ ٤٠١)، وشرح المحلي على المنهاج (٣/ ١٠٩)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٦٠٠).

(٢) فتح القدير (٥/ ٤٠ ـ ٤٤).

(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٦٠٠).

(٤) الروضة للنووي (٥/ ٣٢٤)، وقال: «وبه قطع البغوي، والروياني، قال الروياني: «لا يحتاج لزوم الوقف إلى القبول لكن لا يملك عليه إلَّا بالاختيار».

(٥) المغني لابن قدامة (٥/ ٦٠٠)، وكشاف القناع (٢/ ٤٤٧).

وقال بعضهم: إنَّ الوقف على المعين ينعقد بمجرد صدور الإيجاب، ولا يحتاج إلى قبوله، بل المشروط أن لا يرده[1]، وحتى لو رده فإنَّ الوقف سيظل منعقداً، ولا يبطل برده، بل ينتقل الاستحقاق إلى الفقراء عند الحنفية[2] وكذلك عند المالكية، لكنهم قالوا: إن كان الواقف وقف وقفاً مطلقاً فإنَّه لا يبطل بالرد سواء قبله أم لم يقبل، لكن يوكل الأمر إلى الحاكم يصرفه كيف يشاء، أما إذا أراد بالوقف أن يكون على المعين بخصوصه، فإنَّه يبطل ويعود إلى ملك الواقف[3]، وخالفهم الشافعية في ذلك حيث قالوا بعدم انعقاده إذا رده[4]، لكن البغوي منهم قال: «لا يبطل بالرد كالعتق»[5].

فعلى هذا، فالوقف على غير المعين يتم برضا منفرد، وكذلك الوقف على معين عند الجمهور ما عدا الشافعية، والمالكية في حالة ما إذا كان الواقف قد قصد الشخص المعين بعينه، ورده.

٢ ـ الكفالة:

وهي تطلق على الكفالة بالنفس، وعلى الضمان.

فالأولى هي الالتزام بإحضار شخص استحق حضوره، وأمَّا الضمان فهو: التزام دين على آخر، أو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعاً[6]، فالكفالة مطلقاً لا تحتاج إلى رضا

---

(١) فتح القدير (٥/ ٤٠ ـ ٤٤).
(٢) البحر الرائق (٥/ ٢١٥).
(٣) الشرح الصغير ـ مع حاشية الصاوي ـ (٢/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤).
(٤) روضة الطالبين (٥/ ٣٢٤).
(٥) الروضة (٥/ ٣٢٤ ـ ٣٢٥).
(٦) فتح القدير (٥/ ٤٠)، والشرح الكبير ـ مع الدسوقي ـ (٣/ ٣٢٩)، والغاية القصوى (١/ ٥٢٩)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥٩٠).

المكفول عنه أو له، أو المضمون عنه عند المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] وأبي يوسف من الحنفية[4].

إذن فالكفالة تنعقد على رأي الجمهور بالإرادة المنفردة، حيث إنها لا تحتاج إلى أكثر من عبارة الكفيل وحده، فلا يتوقف انعقادها على معرفة المكفول له، ولا رضاه، كما أنَّه لا يتوقف على رضا المكفول عنه ومعرفته[5]، بل إنَّهم اختلفوا في أنَّ المكفول له هل له حق الرد والإصرار على أن يكون الدفع من المدين نفسه، فذهب أكثرهم وهم

---

(١) الشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ٦٦٨)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٣٣٤).

(٢) قال النووي في الروضة (٤/ ٢٤٠): «ولا يشترط رضاه بالاتفاق؛ لأنَّ قضاء دينه بغير إذنه جائز، فضمانه أولى». ويراجع: الغاية القصوى (١/ ٥٢٩).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٤/ ٥٩١): «ولا يعتبر رضا المضمون عنه، لا نعلم فيه خلافاً. ولا يعتبر رضا المضمون له. وقال أبو حنيفة ومحمد: يعتبر».

(٤) جاء في مجمع الأنهر (٢/ ١٢٤): «وركنها إيجاب وقبول، ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركناً، فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس». ويراجع: رمز الدقائق شرح كنز الدقائق (٣/ ٢٠٩).
وأما أبو حنيفة ومحمد، وأبو يوسف في قوله الآخر، فقد جعلوا قبول المكفول له ركناً في الكفالة. يراجع: البحر الرائق (٦/ ٢٢٣).
وأما رضا المكفول عنه فليس بشرط، غير أنَّه إذا كانت الكفالة بأمره يرجع الكفيل عليه فيما دفعه، وإن لم يكن بأمره لا يرجع عليه عند الحنفية؛ لأنَّه متبرع. انظر: فتح القدير (٥/ ٤١٧)، والبحر الرائق (٦/ ٢٤٣).
واستثنى أبو حنيفة ومحمد ـ ومعهم أبو يوسف ـ مسألة لم يشترطوا فيها رضا المكفول له، وهي أن يقول المريض المدين لوارثه: تكفل عني بما عليَّ من الدين؟ فتكفل به مع غيبة الغرماء؛ جاز. يراجع: فتح القدير (٥/ ٤١٨).

(٥) المصادر السابقة، إلَّا أنَّ رأياً داخل المذهب الشافعي، والقاضي من الحنابلة اشترطا معرفة المكفول له.
انظر: الروضة (٤/ ٢٤٠)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥٩١، ٥٩٢).

المالكية[1] والشافعية[2] ـ وهو الظاهر من خصوص الحنابلة[3] ـ إلى أنَّ المكفول له ليس له حق الرد، والإصرار على أن يكون الدفع من المدين نفسه، في حين أعطى أبو يوسف هذا الحق للمكفول.

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم اشتراط رضا المكفول عنه، أو له، ولا معرفتهما، ويدل على ذلك أحاديث صحيحة، منها ما ثبت أنه ﷺ قد أتي بجنازة ليصلي عليها فقال: «هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير. قال: «هل ترك شيئاً؟» قالوا: لا. قال: «صلوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة:

---

(١) الشرح الصغير ـ مع بلغة السالك ـ (٢/ ٦٦٨)، والشرح الكبير ـ مع الدسوقي ـ (٣/ ٣٣٤).

(٢) قال النووي في المنهاج ـ مع شرح المحلي ـ (٢/ ٣٢٥): «والأصح أنه لا يشترط قبوله ـ أي: المضمون له ـ ورضاه»، فقال العلامة القليوبي في حاشيته عليه (٢/ ٣٢٥): «فعلم أنَّه ـ أي: الضمان ـ لا يرتد برده أيضاً، وهو ما قاله ابن حجر، ووافقه شيخنا، ونقل عن شيخنا الرملي أنَّه يرتد برده». وقال ابن حجر في التحفة (٥/ ٢٤٥): «وبه يعلم أنه لا يؤثر رده فنقل الزركشي عن المحاملي: تأثيره إنَّما يأتي على القول الضعيف أنَّه يشترط رضاه».

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٤/ ٥٩١، ٥٩٢): «ولا يعتبر أن يعرفهما ـ أي: المضمون له، وعنه ـ الضامن، وقال القاضي: تعتبر معرفتهما ليعلم: هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أو لا؟، وليعرف المضمون له فيؤدي إليه... ولنا حديث علي، وأبي قتادة، فإنهما ضمنا لمن لم يعرفاه عمن لم يعرفاه؛ ولأنَّه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر». وقال في (ص٥٩٣): «إن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه». فإذا لزم ذلك فيكون حكمه حكم المدين إذن ليس للمضمون له حق الرد.
ثمَّ إنَّ الحنابلة عرفوا الضمان بأنَّه ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام حق، فتكون مثل المدين، كما أنَّهم استدلوا بالحديث الدال على أنَّ «الزعيم غارم» فإذا كان غارماً ـ أي: مديناً ـ فليس للدائن الحق في رده إلَّا أن يعفو عنه.
ويراجع: زاد المستنقع مع حاشيته الروض المربع (٥/ ١٠٢).

صلِّ عليه يا رسول الله، وعليَّ دينه، فصلَّى عليه[1]. فهذا الحديث يدل بوضوح على جواز الكفالة ولزومها بمجرد قول الكفيل دون الحاجة إلى المكفول له، أو عنه.

قال ابن قدامة: «إنَّ قتادة ضمن من غير رضا المضمون عنه فأجازه النبي ﷺ. . . وإن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه».

كما أنَّه يدل على عدم اشتراط معرفتهما، حيث ضمن من لم يعرفه[2].

ومنها قوله ﷺ: «الزعيم غارم»[3]، والزعيم هو الكفيل[4]، كما أنَّ الآية الكريمة ﴿قَالُوا۟ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾[5] تدل على أنَّ الكفالة تتم بإرادة منفردة، إذ لم تشر إلى قبول الآخر، كما أنَّه لم يعرف من يأتي به.

---

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ، كتاب الحوالة (٤/ ٤٦٦)، وأحمد في مسنده، (٥/ ٢٩٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٧٢). ويراجع: التلخيص الحبير (٣/ ٤٨).
وروى البخاري في صحيحه (٤/ ٤٧٧) عن أبي هريرة: «. . . فلما فتح الله عليه الفتوح قال: «أنا أولى المؤمنين من أنفسهم، فمن توفي من المؤمنين فترك ديناً فعليَّ قضاؤه، ومن ترك مالاً فلورثته».

(٢) المغني لابن قدامة (٤/ ٥٩١ ـ ٥٩٣).

(٣) الحديث رواه أحمد، وأصحاب السنن، والبيهقي.
انظر: مسند أحمد (٥/ ٢٦٧)، وسنن أبي داود مع العون (٩/ ٤٧٦ ـ ٤٧٩)، والترمذي مع التحفة (٤/ ٤٨١)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٤)، والسنن الكبرى (٦/ ٧٢).

(٤) يراجع: القاموس المحيط، مادة (زعم)، وتحفة الأحوذي (٤/ ٤٨١).

(٥) سورة يوسف: الآية ٧٢. ولا شك أنَّ هذا الحكم وإن كان في شريعة يعقوب ويوسف لكن ورد في القرآن دون النهي عنه، فيكون حجة.
يراجع: المنخول للغزالي (ص٢٣١).

٣ ـ الإسقاطات:

وهي تشمل: **ما هو إسقاط محض**، كالعتق، والطلاق المجرد عن المال، ورد الشفعة، ونحو ذلك، فهذه التصرفات تتم بإرادة واحدة ولا تحتاج إلى قبول أحد، كما أنها لا ترتد بالرد باتفاق الفقهاء[١].

كما تشمل **ما فيه نوع من التمليك**، وهو المسمى بالإبراء.

قال القرافي: «اعلم أنَّ الحقوق والأملاك ينقسم التصرف فيها إلى نقل وإسقاط... وأما الإسقاط فهو إما بعوض كالخلع، والعفو على مال، والكتابة، وبيع العبد من نفسه، والصلح على الدين... وإما بغير عوض كالإبراء من الديون والقصاص... والطلاق، والعتاق...»[٢].

فالإسقاط المحض لا خلاف في أنه يتم بالإرادة المنفردة.

أما الإبراء ونحوه، فقد ثار الخلاف حوله:

فالإبراء لغة هو التنزيه والتخليص.

وفي الاصطلاح هو: إسقاط الشخص حقاً له في ذمة آخر.

فعلى هذا، فالإبراء إسقاط من حيث إنَّ المبرىء يسقط حقه على آخر، **وتمليك** من جانب أنه يملك المدين ما له عليه[٣].

غير أنَّ هذه الازدواجية في معنى الإبراء إنما يتم عند جماعة من الفقهاء؛ حيث إنَّ بعضهم نفى عنه اشتماله على معنى التمليك[٤].

---

(١) يراجع: فتح القدير (٣/ ٤٤)، والدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٣٨٤)، والغاية القصوى (٢/ ٧٨٥)، والمغني لابن قدامة (٧/ ١٢١).

(٢) الفروق (٢/ ١١٠).

(٣) القاموس المحيط (١/ ٨)، والمصباح المنير (١/ ٥٣).

(٤) يراجع: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٣٥٦)، وفتح القدير (٣/ ٣٥٦)، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٤/ ٢٧٦)، وطلبة الطلبة للنسفي (ص٣٤)، =

غير أنَّ الراجح أنَّ الإبراء قد يكون في بعض الأمثلة يغلب فيه معنى الإسقاط حتى يكاد لا يبقى فيه التمليك، وفي بعض الأمثلة يكون الأمر بالعكس، قال الزركشي: «هل هو ـ أي: الإبراء ـ إسقاط محض كالإعتاق، أو تمليك للمديون ما في ذمته فإذا ملكه سقط؟ فيه اختلاف ترجيح، ولهذا قال النووي: في موضع لا يطلق الترجيح، بل يختلف بحسب الصور»(١).

وقد ثار التساؤل حول الجدوى في هذا الخلاف؟

والجواب عنه. هو: أنَّ له ثمرة تظهر في عدَّة مسائل، بحيث إن قلنا: إنَّه إسقاط فيها لا يحتاج إلى القبول بل ولا ترتد بالرد. أما لو قلنا: إنَّه تمليك فيها، فتكون النتيجة بالعكس.

ولهذا توسط ابن السمعاني فقال: «إنَّه تمليك في حق من له الدين، إسقاط في حق المديون، وذلك لأنَّ الإبراء إنما يكون تمليكاً باعتبار أنَّ الدين مال، وهو إنما يكون مالاً في حق من له الدين، فإنَّ أحكام المالية إنما تظهر في حقه»(٢).

والذي عقدنا البحث لأجله هو أنَّ الإبراء هل يتم بإرادة منفردة أم لا؟

= وبداية المجتهد، ط. الخانجي (٢/ ١٥٣)، والمنثور في القواعد للزركشي (١/ ٨١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٨٩)، وشرح المحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٢/ ٣٢٦، ٣٢٧).

(١) المنثور في القواعد (١/ ٨١)، وقال السيوطي في الأشباه (ص١٨٩): «الإبراء هل هو إسقاط أو تمليك؟ قولان، والترجيح مختلف في الفروع، فمنها: الإبراء مما يجهله المبرىء، والأصح فيه التمليك فلا يصح، ومنها: لو عرف المبرىء قدر الدين ولم يعرفه المبرأ، والأصح فيه: الإسقاط. ومنها اشتراط القبول، والأصح فيه الإسقاط، فلا يشترط».

(٢) المنثور في القواعد (١/ ٨١، ٨٢). وهناك آثار أخرى تظهر على اعتبار أحدهما دون الآخر، منها ما ذكره ابن نجيم في الأشباه والنظائر (ص٣٥٦).

هذا ما اختلف فيه الفقهاء.

حيث ذهب فريق ـ منهم الحنفية[1] والشافعية على الأصح[2] ـ إلى عدم حاجة الإبراء من الدين إلى قبول المدين، بناء على أنه إسقاط أو الغالب فيه هو الإسقاط، والإسقاطات لا تحتاج إلى قبول.

في حين اتجه المالكية في المشهور[3]، والشافعية في القول المرجوح[4] إلى أنَّه بحاجة إلى القبول نظراً لأنَّ الإبراء حينئذٍ يتضمن تمليكاً

(١) الهداية مع شرح العناية (٧/ ٤٤)، والأشباه والنظائر لابن جيم (ص٣٥٣)، ومغني المحتاج (٢/ ١٧٩)، والمنثور في القواعد للزركشي (١/ ٨١).

(٢) المنثور في القواعد للزركشي (١/ ٨١)، والأشباه للسيوطي (ص١٨٩)، وشرح المحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٢/ ٣٠٧، ٣/ ١١٢).

(٣) الظاهر من مذهب مالك والمشهور في المذهب هو أنَّ الإبراء يحتاج إلى قبول، قال الدردير في الشرح الكبير (٤/ ٩٩): «فلا بدَّ من قبوله ـ أي: قبول من يوهب له ـ لأنَّ الإبراء يحتاج إلى قبول». غير أنَّ الدسوقي ذكر في حاشيته على الشرح الكبير (٣/ ٣١٠) ما يدل على عدم اشتراط القبول في الإبراء، حيث قال: «بل المراد بها ـ أي: بالهبة في الصلح على بعض المدعي به ـ الإبراء، وحينئذ فلا يشترط قبول، ولا تجدد حيازة على المعتمد، فإذا أبرأت زيداً مما عليه صح وإن لم يقبل، خلافاً لما في الخرشي من أنَّ الإبراء يحتاج لقبول وإن لم يحتج لحيازة، والهبة تحتاج لهما معاً». وكذلك الأمر في بلغة السالك على الشرح الصغير (٣/ ٤١٧). في حين أن بقية المراجع كالشرح الكبير (٤/ ٩٩)، وشرح الخرشي (٧/ ١٠٣)، وحاشية الزرقاني على خليل (٦/ ٣)، ذكرت أنَّ الإبراء يحتاج إلى القبول.
ومن هنا يمكن أن نقول إنَّ في المذهب رأيين بهذا الصدد، وهذا ما نص عليه الدسوقي نفسه في حاشيته على الشرح الكبير (٤/ ٩٩) قائلاً: «اختلف في الإبراء فقيل: إنَّه نقل للملك فيكون من قبيل الهبة وهو الراجح، وقيل: إنَّه إسقاط للحق، فعلى الأول يحتاج لقبول دون الثاني». وهنا كما رأينا رجح القول القائل بحاجة الإبراء إلى القبول.

(٤) المنثور في القواعد للزركشي (١/ ٨١)، والأشباه للسيوطي (ص١٨٩)، وشرح المحلى (٢/ ٣٤٠).

وهو لا يتم إلَّا بقبول الملك له، وذلك لأنَّ الإنسان لا يدخل في شيء في ملكه إلَّا برضاه، ومن جهة ثانية أنَّ الإبراء لا يخلو عند كثير من الناس من المنة، وهي قد لا يحتملها كثير من الناس، ولذلك لا بدَّ من رضا من يبرأ، قال القرافي: «إنَّ المنة قد تعظم في الإبراء، وذوو المروءات والأنفات يضر ذلك بهم، ولا سيما من السفلة، فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك ورده، نفياً للضرر الحاصل من المنن من غير أهلها، أو من غير حاجة»[1].

غير أنَّ الدليل يمكن أن يتهاوى إذا قلنا: إنَّ الإبراء وإن كان لا يحتاج إلى القبول لكنه يرتد بالرد، هذا ما عليه الكثيرون[2] وهو الراجح، إذ أنَّ الإبراء يختلف عن الإسقاط المحض من حيث إنَّه لتضمنه معنى التمليك يرتد بالرد وإن كان لا يحتاج إلى قبول لوجود معنى الإسقاط فيه، أما الإسقاط المحض فهو ـ كما سبق ـ لا يحتاج إلى القبول، ولا يرتد بالرد.

٤ ـ الوصية على غير المعين:

يقصد بغير المعين: كجهة خيرية عامة أو قبيلة مثلاً، حيث إنها لا تحتاج إلى القبول، ولا تحتمل الرد، فهي إذن تنعقد بإرادة منفردة، بل إنَّ الوصية في حد ذاتها تنعقد بإرادة الموصي وصيغته، لكنها لا تتم آثارها إلَّا بقبول الموصى له إن كان معيناً عند جمهور الفقهاء[3].

---

(١) الفروق (٢/ ١١٠، ١١١).

(٢) منهم الحنفية، والشافعية في رأي لهم و غيرهم، انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٣٥٦)، والمنثور في القواعد (١/ ٨١)، والأشباه للسيوطي (ص١٨٩).

(٣) يراجع: بدائع الصنائع (١٠/ ٤٨٤١)، وتكملة فتح القدير (٨/ ٤٣٠)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٤/ ٤٢٤)، والروضة (٦/ ٩٩)، والغاية القصوى (١/ ٦٩٧)، والمغني لابن قدامة (٦/ ٢٥)، والبحر الزخار (٦/ ٣٠٥).
ويراجع لتفصيل هذه المسألة: الأستاذ الشيخ علي الخفيف، أحكام الوصية، ط. جامعة الدول العربية ١٩٦٢م، (ص٨ ـ ٦٧).

وخالفهم في ذلك زفر حيث ذهب إلى أنها لا تحتاج إلى قبول مطلقاً، بل ولا ترتد بالرد إذاكان على معين؛ لأنَّ حكمها حكم الميراث[1]، وعلى هذا رأي داخل المذهب المالكي[2].

وقد استدل زفر ومن معه على رأيهم بأن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث؛ لأنَّ كل واحد من الملكين ينتقل بالموت، ثمَّ ملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله، وكذا ملك الموصى له[3].

وأما الجمهور فقد استدلوا بقوله: ﴿وَٱلۡمُؤۡتَفِكَةَ أَهۡوَىٰ﴾[4].

حيث إنَّ ظاهره يدل على أنَّه لا يكون للإنسان شيء بدون سعيه، فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه.

ومن جهة ثانية: إنَّ القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من وجهين:

أحدهما: أنَّه يلحقه ضرر المنة، ولهذا يتوقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعاً لضرر المنة[5].

والثاني: أنَّه قد يحتمل أن يكون الموصي به شيئاً يتضرر به كالعبد الأعمى، والبغلة التي لا تصلح للركوب والحمل.

ولهذا كله لا بدَّ من قبول الموصي له إذا كان معيناً[6].

ومن هذا العرض اتضح لنا أنَّ الفقه الإسلامي قد أولى عناية فائقة بالإرادة المنفردة، وأنها قد وجدت نطاقاً واسعاً خصباً لتنشىء فيه آثاراً

---

(١) بدائع الصنائع (١٠/ ٤٨٤١).
(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي (٤/ ٤٢٤).
(٣) بدائع الصنائع (١٠/ ٤٨٤) والمصادر السابقة.
(٤) سورة النجم: الآية ٥٣.
(٥) بدائع الصنائع (١٠/ ٤٨٤) والمصادر السابقة.
(٦) المصادر السابقة.

شرعية، بل إنَّ بعض الاتجاهات الفقهية ـ كاتجاه المذهب المالكي قد استطاع أن يصوغ منها نظرية متكاملة من خلال الإيجاب الملزم، والوعد الملزم وغير ذلك. وأما الجمهور فقد توسط فأعطاها القدرة على الإنشاء في التصرفات القولية التي لا تحتاج في إنشائها إلى شخص آخر[1].

مدى قدرة الرضا المنفرد على إنشاء الأثر في القانون

لم يختلف الفقه في أن الرضا المنفرد أو الإرادة المنفردة[2] تنتج عنه بعض آثار قانونية، كإنهاء الالتزام، أو الإقرار به، أو نحو ذلك، فهو قادر

---

(١) المصادر السابقة جميعها، ويراجع: الشيخ أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد (ص٢/ ٢)، وأستاذنا الدكتور الشيخ العدوي، المصدر السابق (ص٢٦)، والأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور، المدخل (ص٥٦٧).

(٢) يراجع في تفصيل هذه المسألة:
(Gounet, le Principe de L'autonamie de la volonté en droit Prive Paris, 1912, P. 33).
(Salle de la marniere (Edemed), L'evolution technique du contrat et ses consequences, these, Paris, 1930, No 138).
ورسالة جويبير (Guibaire)، بجامعة برن ١٩٠١م: بعنوان القوة الملزمة من الجانب الواحد. ورسالة إلياس، نظرية القوة الملزمة في الإرادة الواحدة، باريس ١٩٠٩م؛ وديموج، الالتزامات (ج ١)، (ص٥٤)، بند (١٨). وبلانيول، المصدر السابق (ص١) بند (٨٣١). وجوسران، المصدر السابق ب (٢) بند (١٠)، ود. السنهوري، الوسيط (١/ ١٢٨٢)، ومحمد نصر الدين، المصدر السابق (ص٢٣٢)، ود. جميل الشرقاوي، رسالته في البطلان (ص١٥)، والنظرية العامة للالتزام (ص٤٠٠)، ود. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق (ص٤٣٢)، ود. محمد علي عمران، مصادر التزام (ص١٠٢)، ود. وليم قلادة، رسالته السابقة الإشارة إليها (ص١٠٢)، ود. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام (١/ ٤٠٤)، وأنور العمروسي، المصدر السابق (١/ ٤٦١)، شيفاليه، مقالته في مجلة القانون والاقتصاد بعنوان: الإرادة مصدراً للالتزام في مشروع القانون المدني المصري المنقح، العدد ١٢ سنة ١٩٤٢م (ص١٩) وما بعدها، ود. بهجت بدوي، أصول الالتزامات (١) بند (٧٥)، ود. عبد الرزاق حسن فرج، المصدر السابق (١/ ٣٦٧).

على كسب الحقوق العينية كالوصية، وعلى سقوطها كالنزول عن حق ارتفاق أو حق رهن، وعلى الإقرار بحق، وعلى إنهاء رابطة عقدية كعزل الوكيل ونزوله وغير ذلك[1].

وإنما ثار الخلاف والجدل حول مدى قدرته على إنشاء الالتزامات.

فمن المسلم به أن القانون الروماني لم يصل خلال كل أدواره إلى تقرير مبدأ الرضائية، وإعطاء القدرة للإرادة على إنشاء الالتزامات، وإن كانت مزدوجة فضلاً عن أن تكون منفردة، فقد استلزم في تحقيق الأثر القانوني وجود أشكال وأوضاع خاصة لإنشاء الالتزامات ـ كقاعدة عامة ـ لكنه رتب على الالتزام بالإرادة المنفردة في حالتين اثنتين في حالة التعهد للآلهة (النذر) وفي حالة التعهد قبل إحدى المدن، غير أن هاتين الحالتين، بالإضافة إلى كونهما في غير نطاق القانون الخاص[2] يعود عدم اشتراط القبول فيهما إلى استحالة تحقيقه فيهما[3].

ثم إن نظرية الإرادة المنفردة حديثة المنشأ لم تظهر في القانون الروماني، ولا في التشريع الفرنسي القديم، ولا في فقهه التقليدي، بل ظهرت أول ما ظهرت في ألمانيا بفضل الأسس الفلسفية التي وضعها كانت وغيره في هذا الخصوص، يقول كانت: «سلطان الإرادة هو المبدأ الوحيد

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (١/ ١٢٨٢)، والمصادر السابقة.

(٢) وذلك لأن التعهد لمدينة يدخل في نطاق القانون العام والتعهد للآلهة يدخل في المسائل الدينية.
يراجع: ورمز، المصدر السابق (ص٨٠)، ود. جميل الشرقاوي، البطلان (ص١٨).

(٣) د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني (ص٣٠١)، ود. جميل الشرقاوي، البطلان (ص١٨).

لكل القوانين الأخلاقية ولكل الواجبات التي تمليها القوانين»[1].

ثم تطورت هذه النظرية وخرجت عن النطاق الفلسفي، والخلقي إلى النطاق العملي، والقانوني في التصرفات، وتبناها الفقهاء الألمان أمثال (سيجل) و (جاكوين) و (كونتس) وغيرهم[2]، والتي انتهت إلى أن تجعل الإرادة المنفردة تستمد قوتها من نفسها، على عكس الفلسفة الفرنسية التي أدخلت السبب عنصراً أساسيًّا في الالتزام الإرادي. فلا يؤثر تخلف الغرض في قوة الإرادة على ضوء النظرية الألمانية؛ لأن قانون الواجب ـ وهو الدافع الحقيقي للإرادة الخالصة ـ يأمر بالتنفيذ[3].

يقول شيفاليه في توضيح الفرق في الأسس الأخلاقية والفلسفية لكل من القانونين: «فعلى الرغم من عدم التنفيذ يبقى العقد قائماً؛ لأنه يستمد قوته الملزمة من رضا الطرفين، وهو يتطلب هذه القوة طالما أن أحكامه يمكن تنفيذها. . . فإذا لم ينفذ أحد الطرفين، فإن منطق الواجب يقضي بأن يجبر هذا الناكل على التنفيذ، لا بأن يستمد من تخلي الأول عن واجبه حجة لأن

---

(١) كانت: العقل العملي (ص٣٣) المشار إليه في د. قلادة، المرجع السابق (ص٨٨، ٨٩). ويقول جونو: «إن كانت كان واحداً من أهم مفكري النظرية التقليدية لسلطان الإرادة. . .».
انظر: جونو، المصدر السابق (ص٥٨٢).

(٢) فقد ألف هؤلاء وغيرهم في هذا الخصوص، فألف سيجل كتابه المسمى «الوعد كسبب في الالتزام» وطبع سنة ١٨٧٤م، وكتب سطب مقالة عن الإرادة المنفردة في مجلة تاريخ الحقوق الألمانية السنة الثالثة عشرة، وكوين في مؤلفه عن الالتزامات الجزء الحادي عشر (ص٣٥٠).
وجاكوين في مؤلفه: الحقوق تعريف العرض ومؤلفه الآخر «الوعد والعقد». المشار إليهم في محمد نصر الدين زغلول المصدر السابق (٢٣٥)، ود. السنهوري، نظرية العقد (ص١٨٦)، والوسيط (١/ ١٢٨٣).

(٣) د. قلادة، المصدر السابق (ص٨٩)، والمصادر السابقة.

يخالف، فعلى العكس من القانون الفرنسي يعتبر القانون الألماني الدفع بعدم التنفيذ هو الجزاء الطبيعي لعدم التنفيذ، أما الفسخ فلا يظهر إلَّا في النهاية، وليس له دور استثنائي احتياطي، فهو الملجأ الأخير للدائن ولا يقدم إليه إلَّا إذا لم تُجْدِ الوسائل الأخرى»[1].

أما التنظيم الفرنسي فالاعتبار الأول فيه هو الغرض الذي يقصده العاقد، ومن هذا يكون من الطبيعي أن يفقد العقد سببه حين يتخلف هذا الغرض[2]، على عكس النظرية الألمانية القائمة عى ذاتية الإرادة، حيث إن تخلف الغرض عندها لا يؤدي إلى هدم الإرادة، بل تفرض على كل متعاقد احترامها وهذا أقوى تحقيق قانوني وضعي ممكن لفكرة الواجب الأخلاقية»[3].

هذا وقد دخلت هذه النظرية إلى فرنسا عن طريق الأستاذين (ورمز)[4] ثم (سالي)[5].

غير أن جمهور الفقه ظلوا على معارضتهم حتى على الرغم من قبول بعضهم بعض تطبيقاتها، لكنهم كيفوها على أساس آخر غير الإرادة المنفردة[6]، وقد أرجع بعض سبب هذا التشدد في الفقه الفرنسي تجاه الإرادة المنفردة على الرغم من غلوه في الانتصار للرضائية إلى تصوره للحق على أنه

---

(١) شيفاليه، المصدر السابق (ص١٠١)، ويراجع: د. قلادة، المصدر السابق (ص١٠٢).

(٢) شفيق شحاته، نظرية الالتزام بند (٤٦، ٤٧، ٤٨)، والمصادر السابقة.

(٣) د. قلادة، المصدر السابق (ص١٠٢).

(٤) حيث ألف رسالته في الإرادة المنفردة في مارس ١٨٩١م.

(٥) حيث تبنى هذه الفكرة ودافع عنها في كتابه، الالتزامات في مشروع القانون المدني الألماني بند (١٣٨) إلى (١٤٤). ويراجع الأستاذ السنهوري. الوسيط (ص١/ ٢٨٣)، والأستاذ جميل الشرقاوي، البطلان (ص٢٠).

(٦) يراجع: الأستاذ السنهوري، الوسيط (١/ ١٢٨٣).

رابطة بين دائن ومدين، وعدم البحث عن مصدر الالتزامات الإرادية، وتجديد دور الإرادة في إنتاج[1]. ويعتقد آخرون: «أن تصور الحق كرابطةٍ سبب غير مباشر في رفض نظرية الإرادة المنفردة فهذا التصور سبب مباشر لاعتبار التصرف القانوني: «توافق إرادتين» وهذا التصور للتصرف القانوني هو السبب المباشر لرفض نظرية الإرادة المنفردة لأن مصدر الالتزام في نظريتهم هو التوافق، لا الإرادة ذاتها، يظهر ذلك أنهم لا يربطون ربطاً مباشراً بين تعريفهم للحق وقبولهم الالتزام بالإرادة المنفردة[2].

وأما التشريعات الحديثة فهي ليست على سنن واحد، وكذلك الأمر في الفقه، فمنها ما اعترف بقدرتها على إنشاء الالتزامات ومنها من نفى ذلك، ثم الذين اعترفوا بها قد اختلفوا على ثلاثة آراء، رأي اعتد بها كاستثناء، ورأي جعلها مصدراً من مصادر الالتزام، ورأي بالغ حتى جعلها المصدرالوحيد له، وأرجع بقية المصادر إليها.

وصلَّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين
وآخر دعوانا
أن الحمد لله رب العالمين.

---

(١) من هذا الرأي شيفاليه مقالته السابقة الإشارة إليها في (ص٢١١، ٢١٢)، والأستاذ بهجت بدوي، العقد بند (٧٥).

(٢) أوبري ورو، (ج ٤) فقرة (٣٤٢)، وبيدان في الالتزامات بند (٥٨)، وديموج، في الالتزامات (١/١٨)، وبلانيول وربير، المصدر السابق (٦) بند (٩). فقد ذكروا قضايا كثيرة بهذا الخصوص.



المحتوى

الموضوع	الصفحة

القسم الأول: «المال»

القسم الثاني: «مقدمة في الملكية»

القسم الثالث: «مقدمة في العقد (نظرية العقد)»




رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com